Die Gläubigeranfechtung bei Hypotheken und Grundschulden

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

David Krombach
Gerichtsassessor

Posen
Commissionsverlag von Joseph Jolowicz
1912

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität.

Referent: Professor Dr. **Leonhard**.
Correferent: Professor Dr. **Schott**.

Meiner lieben Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0150

Inhalts-Verzeichnis

Seite

§ 1. Einleitung: Uebersicht über das Problem, seine Bedeutung und die Stellungnahme des Reichsgerichts . 11—20

I. Teil: Die dingliche Anfechtungsklage und die gesetzlichen Voraussetzungen der allgemeinen Anfechtungsklage.

§ 2. Die „Geldforderung" als Grundlage jeder Anfechtungsklage und das dingliche Recht . . . . . 21—25

§ 3. Die in § 2 Anf. Ges. geforderten Voraussetzungen des vollstreckbaren Schuldtitels, der Fälligkeit der Forderung und der fruchtlosen Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners bei der dinglichen Anfechtungsklage . . . . . 25—31

§ 4. Die objektive Benachteiligung als Haupterfordernis jeder Anfechtungsklage . . . . . 31—52

§ 5. Die Frage nach der Benachteiligung des anfechtenden dinglichen Rechts durch die anzufechtende Hypothekenbestellung. Die Notwendigkeit der Prüfung dieser Frage nach den im Gesetz anerkannten wirtschaftlichen Grundanschauungen des modernen Hypothekenrechts, fern von theoretischen Begriffserklärungen . . . . . 52—69

§ 6. Die moderne Hypothek in ihrer verkehrsmässigen Bedeutung. Die Gesetzgebungsakte des 19. Jahrhunderts in ihrer Anpassung des Hypothekenrechts an die wirtschaftliche Auffassung. Die Einführung der wirtschaftlichen — nicht formell-rechtlichen — Wertparzellentheorie in das Bürgerliche Gesetzbuch durch das Gebilde der Eigentümerhypothek . . . . . 70—75

§ 7. Die Folge der in § 6 dargelegten wirtschaftlichen und gesetzlichen Umgestaltung der modernen Hypothek: Unzulässigkeit jeder dinglichen Anfechtungsklage wegen

des Fehlens der Benachteiligung des dinglichen Rechts durch die anfechtbare Post . . . . . .

II. Teil: Form und Wirkung der Anfechtung der Bestellung einer Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld.

§ 8. Einleitung 76
§ 9. Die „Rückgewähr" der anfechtbar bestellten Post bei der Konkurs- und bei der Einzelanfechtung. . . . . 76—86
§ 10. Die Mängel der herrschenden Ansicht (Konsolidationstheorie) und ihre praktischen Folgen; die Ansicht des Reichsgerichts als inkonsequente Konsolidationstheorie. 87—98
§ 11. Die praktischen Mängel der vom Reichsgericht vertretenen Anerkennung der dinglichen Anfechtungsklage . . . 98—102
§ 12. Die Durchführung der Anfechtung nach der hier vertretenen Ansicht . . . . . 102—112
§ 13. Zurückweisung des Einwandes, dass die persönlichen Gläubiger beim Vorhandensein von Nachhypotheken hinter der anfechtbaren Post nicht benachteiligt sind . . . 112—115
§ 14. Das Ergebnis der Arbeit in den Grundzügen . . . 115

Literatur-Verzeichnis.

Biermann, Sachenrecht. 2. Aufl. 1903. Berlin.

Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, sowie die Hypothek und die Grundschuld am eigenen Grundstück in ihrer praktischen Bedeutung. 1907. Berlin.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. 1903. Jena.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger. 1884. Stuttgart.

Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1906. Halle.

— Pandekten. 5. Aufl. 1896. Berlin.

— Preussisches Hypothekenrecht. Abt. II. 1891. Halle.

— Preussisches Privatrecht. 1894. 5. Aufl. Halle.

Eccius (Foerster), Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896 Berlin.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. 1908, Berlin.

Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I 1902. Berlin.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. II. Sachenrecht 1905. Leipzig.

Golinski, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses. Diss. (Breslau), 1909

Güthe, Grundbuchordnung. 2. Aufl. 1911. Berlin.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 1898. Berlin.

Hellmann, Gläubigeranfechtung der ersten Hypothek durch den dritten Hypothekengläubiger, im Recht 1910. S. 263. ff.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900. Jena.

— Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899. Leipzig.

— Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen Konkursordnung. [Zeitsch. f. Ziv. Pr. Bd. 26. S. 474 ff.]

Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek [Arch. f. bürg. Recht. Bd. 25 S. 235 ff.]

Horn, Die Eigentümerhypothek. 1906, Breslau (Heft 19 der „Studien zur Erläuterung d. Bürgerl. R, herausg. v. Leonhard).

Jacoby, Die Eigentümerhypothek [Blätter für Rechtsanw. Bd. 71, S. 245 ff.]

Jaeckel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner. 1889. Berlin.

— Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangverwaltung 4. Aufl. 1912. Berlin.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. und 4. Aufl. 1911. Berlin.

— Die Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkurses. 1905. Berlin.

Kleinfeller, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung [Deutsch. Jur.-Zeit. 1903. S. 386].

Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger. Diss. 1900. München.

Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach Oesterreichischem Recht. 1886. Wien.

Neumann, Handausgabe des B.G.B. 5. Aufl. 1909. Berlin.

Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. [Gruchot Bd. 47, S. 306 ff.]

— Die Pfändung der Eigentümerhypothek. [Gruchot. Bd. 50, S. 551 ff.]

— Reichsgrundbuchordnung. 4. Aufl. 1909. Berlin.

— Ueber die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners. (Leipz. Zeitschr. 1907 S. 374 ff.)

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1905. Berlin.

Predari, Die Grundbuchordnung. 1907. Berlin.

Riehl, Das System des deutschen Gläubigeranfechtungsrecht. [Gruchot Bd. 53. S. 161 ff., 497 ff.]

Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 4. Aufl. 1901. Berlin.

Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs. 1899. Leipzig.

Schneider, Erfüllung oder Erschöpfung des Anfechtungsanspruches· [Leipz. Zeitschr. 1907. S. 626 ff., 715 ff.]

Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. [Arch. für civ. Praxis Bd. 105. S. 1 ff.]

Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht. 1902. Berlin.

— „Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft". In „System Rechtswissenschaft" S. I. ff. (Bd. 2, 8 des Hinneberg'schen Sammelwerkes „Kultur und Gegenwart". 1906. Berlin und Leipzig)

— Wirtschaft und Recht 1896. Berlin

— Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. 1903 Halle. [Festgabe der jur. Fakultät in Halle für Fitting).

Staudinger, Sachenrecht. 5. Aufl. 1910. München.

Turnau, Grundbuchordnung. 5. Aufl. 1892. Paderborn.

Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1906. Paderborn.
Willenbücher, Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz. 3. Aufl. 1909. Berlin.
v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906. Berlin.
Wolff, Sachenrecht. 4. u. 5. Aufl. 1909. Marburg.

Die in der vorstehenden Zusammenstellung nicht aufgeführten Werke und Zeitschriften sind, weil sie im Laufe der Arbeit nur gelegentlich erwähnt werden, an den betreffenden Stellen angegeben.

§ 1.

I. Die moderne Entwicklung des Grundkreditwesens mit der ausserordentlich gesteigerten Inanspruchnahme der Hypotheken, Grund- und Rentenschulden seitens des kreditsuchenden Grundstückseigentümers und des auf sichere Geldanlage bedachten Kapitalisten, im Zusammenhang damit die neue Gestaltung, welche die Grundkreditrechte in Anpassung an diese ihre wirtschaftliche Funktion im Bürgerlichen Gesetzbuch erfahren haben, drängen diese Rechte in den Vordergrund des juristischen Interesses. Im folgenden sollen die Grundkreditrechte im Zusammenhang mit dem Anfechtungsrecht untersucht werden. Es wird die Frage zur Erörterung gestellt, wer eine vom Grundstückseigentümer gemäss § 3 Anf.-G., § 30 f. K. O. anfechtbar bestellte Hypothek anfechten kann, ob neben dem persönlichen Gläubiger auch die am belasteten Grundstück dinglich Berechtigten, besonders die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger, gegen den Gläubiger einer solchen anfechtbaren Post die Anfechtungsklage erheben können, ob sie insbesondere den in der Zwangsversteigerung auf dieses Recht entfallenden Erlös für sich in Anspruch nehmen können.

II. Dass der persönliche Gläubiger des Grundstückseigentümers unter den Voraussetzungen der §§ 2, 3 Anf.-G., der Konkursverwalter unter der Voraussetzung der §§ 29 ff. K. O. die Belastung des Grundstücks des Schuldners bezw. Gemeinschuldners mit Hypotheken ebenso wie jede andere Verminderung des Schuldnervermögens anzufechten befugt sind, bedarf keiner weiteren Begrün-

dung. Wie sich freilich im besonderen Falle der Anfechtungsanspruch des persönlichen Gläubigers gestaltet, ob er ihm schlechthin zuzusprechen ist oder ob die der anfechtbar bestellten Post nachfolgenden bezw. gleichstehenden dinglichen Rechte seine Anfechtung beeinträchtigen, in welcher rechtlichen Form er ferner seine Anfechtungsklage durchzuführen vermag, alles dies hängt von der Stellungsnahme zu der Anfechtungsklage des dinglichen Gläubigers ab.

III. Die Entscheidung dieses Problems der dinglichen Aufechtungsklage — so sei die auf das dingliche Recht gestützte Anfechtungsklage genannt, — bildet den Schlüssel für sämtliche Fragen hinsichtlich der Anfechtung einer Hypothekenbestellung. Dieses hier zu prüfende Problem ist nun lediglich vom Standpunkte des dinglichen Gläubigers zu erörtern, der nicht wie der persönliche Gläubiger das gesamte Schuldnervermögen zur Befriedigung für sein Recht heranziehen kann, sondern die Anfechtung nur auf das beschränkte Recht am Grundstück zu stützen vermag. Die Frage lautet: Reicht die beschränkte Machtsphäre des dinglichen Rechts so weit, dass sie zur Anfechtung der Bestellung anderer Rechte am Grundstücke berechtigt?

Während das Anfechtungsrecht des Grund- und Rentenschuldgläubigers, ferner jedes in der Abteilung II des Grundbuchs Berechtigten in jedem Falle mit dieser Frage steht und fällt, indem hier als Grundlage des Anfechtungsanspruchs ausschiesslich das dingliche Recht am Grundstücke in Betracht kommt, gilt für den Hypothekengläubiger ein anderes. Da ihm neben dem dinglichen Recht am Grundstück noch die persönliche Forderung gegen den Schuldner zur Verfügung steht, sind beide Grundlagen, die der persönlichen Forderung und des dinglichen Rechts scharf zu sondern. Ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung, hat insbesondere der Grund-

stückseigentümer für fremde Schuld Hypothek bestellt, so kommt freilich auch hier als Grundlage für die Anfechtungsklage gegen einen anderen Hypothekengläubiger lediglich das dingliche Recht in Frage, da sich der persönliche Anspruch gegen eine andere Person als den anfechtbar verfügenden Eigentümer richtet. Auch das Anfechtungsrecht eines solchen Hypothekengläubigers hängt also von der Zulassung des dinglich Berechtigten zur Anfechtungsklage ab. Im Regelfalle ist jedoch der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner der dinglich gesicherten Forderung, indem er sein Grundstück für seine Darlehnsschuld durch Hypothekenbestellung verpfändet hat oder indem sein Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung für eine Urteils- oder andere vollstreckbare Forderung mit einer Sicherungshypothek belastet worden ist. In solchem Falle hat der Hypothekengläubiger eine doppelte Rechtsstellung inne, ihm stehen zu gleicher Zeit die Befugnisse des persönlichen und des dinglichen Gläubigers zur Verfügung. Er kann einerseits wie jeder persönliche Gläubiger und in gleicher Reihe mit ihm die anfechtbare Hypothekenbestellung, soweit sie seine persönliche Forderung beeinträchtigt, anfechten (persönliche Anfechtungsklage). Insofern ist dieser Hypothekengläubiger — prinzipiell wenigstens — in jedem Falle zur Anfechtung befugt, auch dann, wenn dem dinglichen Recht als solchem die Berechtigung zur Anfechtungsklage abgesprochen wird. Diese persönliche Seite des Hypothekenrechts muss nun bei der Frage nach der dinglichen Anfechtungsklage ausser Betracht bleiben. Hier ist im Zusammenhang mit dem oben für die Grund- und Rentenschuld Gesagten lediglich zu prüfen, ob der Hypothekengläubiger mit Rücksicht auf sein dingliches Recht am belasteten Grundstück — ungeachtet seines Rechts aus der Forderung — zur Anfechtung berechtigt ist, ob ihm auch die dingliche Anfechtungsklage zusteht.

IV. Die Frage der Zulassung der dinglichen Gläubiger zur Anfechtung ist für den Hypothekengläubiger nicht

etwas nur von theoretischer Bedeutung, sondern praktisch von grösster Tragweite. Wird der Anfechtungsanspruch des dinglichen Gläubigers bejaht, so wird damit nicht bloss der Kreis der anfechtungsberechtigten Gläubiger erweitert, während im Falle der Verneinung dieser Kreis auf die persönlichen Gläubiger beschränkt bleibt; wird erst einmal der Machtbereich des dinglichen Gläubers so weit ausgedehnt, dass ihm ein Anfechtungsrecht hinsichtlich vorangehender Hypotheken zuerkannt wird, so gewährt ihm seine dingliche Rechtsgrundlage eine bevorzugte Stellung gegenüber den rein persönlichen Anfechtungsklägern. Dem dinglichen Gläubiger ist zwar nur ein beschränkter Bereich des Schuldnervermögens verhaftet. In dem seiner Haftung unterworfenen Rechtskreis ist jedoch sein Vorrang gesichert. Hier gilt die in § 10 Z.V.G. festgesetzte Rangordnung. Der persönliche Gläubiger tritt, wo dingliche Gläubiger mit ihm in Wettstreit treten, hinter diese zurück, die dinglichen Gläubiger unter sich ordnen sich nach der Reihenfolge ihrer Eintragung. Diesen Rang des zugrundeliegenden Rechts würde auch der etwaige als Hilfsrecht zur Durchführung der Zwangsvollstreckung dienende Anfechtungsanspruch teilen. Die Frage der Anerkennung der dinglichen Anfechtungsklage ist demnach von grundlegender Bedeutung für die gesamte Gestaltung der Anfechtung von Hypotheken. Sie entscheidet über den Charakter und den Rang des Anfechtungsanspruchs der einzelnen Gläubiger.

V. Doch die Bedeutung der Frage für die Praxis geht viel weiter:

Im Falle der Verneinung des Anfechtungsanspruches der dinglichen Gläubiger sind die persönlichen Gläubiger alleinige Anfechtungskläger und untereinander mit gleichem Rang berechtigt. Wie in den regelmässigen Anfechtungsfällen ist dann auch bei der Anfechtung der Hypothekenbestellung der persönliche Gläubiger erst nach Erstreitung eines vollstreckbaren Titels gegen den Anfechtungsgegner

auf Duldung der Zwangsvollstreckung in der Lage, sich durch die Vollstreckung in das anfechtbar weggegebene Vermögensgut gemäss § 804 Z. P. O. vorzugsweise Befriedigung zu sichern; erst der Zeitpunkt der nach Erwirkung des Anfechtungsurteils vorgenommenen Vollstreckung entscheidet über das Vorrecht der einzelnen Anfechtungsgläubiger[1]).

Die Zulassung der dinglichen Gläubiger zur Anfechtung würde diese regelmässige Gleichberechtigung aller Gläubiger aufheben, nicht mehr erst den Zeitpunkt der Pfändung für den Vorrang der Gläubiger entscheiden lassen, sondern in ganz aussergewöhnlicher Weise eine hiervon unabhängige, von vornherein gegebene Rangordnung in dem Kreis der Anfechtungsberechtigten festsetzen. Beim Wettstreit mehrerer Anfechtungskläger würden zunächst die dinglichen Gläubiger nach der Reihenfolge ihres grundbuchmässig festgelegten Ranges und erst nach diesen die persönlichen Gläubiger das anfechtbar weggegebene Recht für sich in Anspruch nehmen können. Aber auch in der Reihe der persönlichen Gläubiger würde die grundsätzliche Gleichberechtigung aufgehoben sein. Derjenige perpersönliche Gläubiger, der — sei es durch Uebereinkommen mit seinem Schuldner, sei es zwangsweise — an dem Grundstück seines Schuldners eine Hypothek erlangt hat, würde dann mit Rücksicht auf diese dingliche Sicherung aus der an sich gleichberechtigten Masse der persönlichen Gläubiger hervortreten. Er würde die anfechtbar bestellte Hypothek oder ihren Erlös vor allen anderen persönlichen Gläubigern, in der Reihe der dinglichen Gläubiger mit dem Range seines Rechts, in Anspruch nehmen können.

In praktischer Nutzanwendung dieser Rangordnung entscheidet die Frage der Zulassung der dinglichen Anfechtungsklage über die praktische Durchführung der Anfechtung von Hypotheken überhaupt; und in dieser

[1]) Vgl. freilich unten § 12, I, wo ausnahmsweise im Stadium der Zwangsversteigerung Pfändung vor Durchführung der Anfechtungsklage zugelassen ist.

Folgerung zeigt sich vielleicht am klarsten die wichtige praktische Bedeutung der gestellten Frage: Wird dem dinglichen Gläubiger ein Anfechtungsanspruch und damit ein bevorzugtes Recht zugestanden, so ist jedem persönlichen Gläubiger die Möglichkeit gegeben, sich auf kürzerem Wege als sonst, nämlich durch Bestellung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung oder mangels des hierzu erforderlichen Vollstreckungstitels durch Erlangung einer Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung — sofern sich nicht der Eigentümer vielleicht von selbst zur Bewilligung der Eintragung versteht, — den Vorrang bei der Anfechtung zu sichern. Diese praktisch sehr wichtige Handhabe versagt, wenn die dingliche Anfechtungsklage abgelehnt wird. Dann ist die dingliche Rechtssicherung unerheblich.

Es sei auch betont, dass weiterhin von der Lösung der hier aufgeworfenen Frage die Gestaltung der Hypothekenanfechtung im Konkurse des Grundstückseigentümers abhängt. Dem persönlichen Gläubiger ist während des Konkurses seines Schuldners die selbständige Verfolgung des Anfechtunganspruches entzogen. Lediglich der Konkursverwalter ist berechtigt, im Interesse der Konkursmasse die Anfechtungsklage zu erheben. Selbst wenn der persönliche Gläubiger bereits vor der Konkurseröffnung den Anfechtungsanspruch eingeklagt hat, wird ihm durch die Konkurseröffnung die Berechtigung zur Weiterführung des Prozesses bezw. nach erlangtem Urteil die Vollstreckung des rechtskräftigen Anfechtungsurteils entzogen, das noch rechtshängige Verfahren wird unterbrochen. Solange der persönliche Gläubiger sich nicht durch Vollstreckung ein Vorzugsrecht gesichert hat, wird also der Rechtsverfolgung im Sonderinteresse des Einzelgläubigers das durch den Konkursverwalter vertretene Interesse der Gläubigergemeinschaft vorangestellt (§ 13 Anfecht.-Ges., §§ 29 ff. K. O.). Wird nun dem dinglichen Gläubiger das Anfechtungsrecht zugesprochen, so werden diese Grundsätze durchbrochen, da dann der dingliche Gläubiger auf Grund seines ding-

lichen Rechts abgesonderte Befriedigung verlangen kann und aus der durch den Konkursverwalter vertretenen Masse der gleichberechtigten Konkursgläubiger ausscheidet. Der dingliche Gläubiger, also auch derjenige persönliche Gläubiger, welcher für seine Forderung an dem Grundstück seines Schuldners eine Hypothek erlangt hat, kann in diesem Falle trotz der Konkurseröffnung selbständig in seinem Sonderinteresse die Anfechtungsklage erheben, der Konkursverwalter muss seinem Anfechtungsanspruch weichen. Die Vorschrift des § 13 Anf. Ges. tritt dann also für diese Gläubiger ausser Kraft, indem die Eröffnung des Konkurses auf die bereits vorher erhobene Anfechtungsklage ohne Einfluss bleibt. Der dingliche Gläubiger kann ohne Unterbrechung des Verfahrens, überhaupt ungehindert durch den Konkurs den Rechtsstreit in seinem Sonderinteresse betreiben.

VII. Die Anregung zu der Frage nach der Zulässigkeit der dinglichen Anfechtungsklage gab die Entscheidung des Reichsgerichts (VII. Zivilsenat) vom 11. Dezember 1908 (Entsch. Bd. 70 No. 33 S. 112 ff.), in welcher die von dem gleichen Senat gefällte Entscheidung vom 29. Januar 1901 (Entsch. Bd. 47 S. 216 ff. bestätigt worden ist. Der Fall in der Entscheidung Bd. 47 war kurz folgender: Auf dem Grundstück X sind 3 Hypotheken eingetragen, an erster Stelle eine Post für A in Höhe von 9000 M, nach dieser eine Post für B mit 10000 M.; an dritter Stelle ein Post für den Gläubiger C des Grundstückseigentümers. (In dem zur Entscheidung stehenden Fall ist die Post des Gläubigers C nur vorgemerkt.) Das Grundstück X kommt nun zur Zwangsversteigerung, hierbei wird nur die Post des A durch das Meistgebot gedeckt, die Rechte des B und C fallen aus. C erhebt gegen A die Anfechtungsklage auf Grund der §§ 1, 3 Z. 1. und Z. 2 Anf. Ges. mit dem Antrag, zu dulden, dass der auf A entfallende Teil des Versteigerungserlöses zur Befriedigung seines Rechts verwendet werde. Ebenso wie dieser Fall liegt der im Bd. 70 entschiedene Rechtsstreit;

er hat nur die Besonderheit, dass die dem C vorhergehenden beiden Posten dem gleichen Gläubiger A zustehen. Auch hier ist die zweite und dritte Hypothek in der Versteigerung ausgefallen. Die Anfechtungsklage ist gegen A nur wegen seiner ersten Hypothek, mit der er zur Hebung gelangt ist, gerichtet.

In beiden Entscheidungen ist dem anfechtenden Gläubiger C der geltend gemachte Anfechtungsanspruch gegen A zugesprochen worden. Freilich hat sich in beiden Fällen das Reichsgericht ausschliesslich mit der Frage befasst, welchen Einfluss die zwischen der anfechtenden und der angefochtenen Post befindliche „Zwischenhypothek" auf den Anfechtungsanspruch des nachstehenden Gläubigers C hat, ob die an dem Anfechtungsstreit nicht beteiligte Zwischenhypothek dem Anfechtungskläger das Anfechtungsrecht nimmt, eine Frage, die nur von Bedeutung ist, wenn überhaupt der dingliche Gläubiger zur Anfechtung zugelassen wird und so eine bestimmte Rangordnung unter den Anfechtungsgläubigern besteht. Die Zulassung der dinglichen Gläubiger zur Anfechtungsklage ist in beiden Entscheidungen ohne weitere Begründung als selbstverständlich unterstellt worden.

Das Reichsgericht wiederholt hiermit die nach altem preussischen Recht gefällte Entscheidung vom 3 Februar 1892 (Entsch. Bd. 29 S. 182 ff.), welche deshalb besonders erwähnt sei, weil sie die oben dargelegten praktischen Folgen der Zulassung der dinglichen Gläubiger anerkennt, nämlich demjenigen persönlichen Gläubiger, welcher die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung seiner Forderung in das Grundbuch des mit der anfechtbaren Post belasteten Grundstücks durchgesetzt hat, ein Vorzugsrecht vor den übrigen persönlichen Gläubigern zuspricht [1]).

[1]) Riehl, (bei Gruchot Bd. 53 S. 161 ff. bes S. 169) meint, dass die Frage nach der Anfechtungsbefugnis der Realberechtigten für die Praxis ziemlich bedeutungslos sei. Es ist gewiss richtig, dass in der Praxis eine Anfechtungsklage selten auf ein reines Realrecht gestützt wird. Aber gerade der in Bd. 29 vom Reichsge-

Gegenüber dieser Entscheidung erscheint eine Nachprüfung dahin notwendig, ob nicht die veränderte Gestaltung des Grundkreditsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch der in der Entscheidung Bd. 29 vertretenen Rechtsansicht die Grundlage entzieht, ob nicht das Reichsgericht, indem es dieser nach altem Recht gefällten Entscheidung ohne besondere Begründung Folge gab, die modernen Grundlagen des Grundkreditrechts verkannt hat und zu Unrecht dem dinglichen Gläubiger einen Anfechtungsanspruch zugesprochen hat.

VIII. Die Frage nach der Zulässigkeit der dinglichen Anfechtungsklage soll im folgenden nach allen Richtungen erörtert werden, damit für den Fall, dass die hier im Endergebnis vertretene Ablehnung des Anfechtungsrechts des dinglichen Gläubigers nicht anerkannt werden sollte, immerhin doch die übrigen Untersuchungen für die Lösung der bisher wenig erörterten Frage von Bedeutung sein können.

Es wird deshalb die dingliche Anfechtungsklage zunächst darauf geprüft werden, ob das dem dinglichen Anfechtungsanspruch zugrunde liegende Recht überhaupt den allgemeinen Anforderungen entspricht, welche hinsichtlich des sachlichen Inhalts des Rechts des Anfechtungsgläubigers gestellt werden (§ 2). Weiterhin wird zu untersuchen sein (§ 3), ob die besonderen formellen Voraussetzungen des § 2 Anf. Ges. den Anfechtungsanspruch des dinglichen Gläubigers in Frage stellen. Im eigentlichen Hauptteil (§§ 4 ff.) wird die Frage zu erledigen sein, ob die Hauptvoraussetzung der Anfechtungsklage, die Benachteiligung des Anfechtungsklägers durch die angefochtene Rechtshandlung, für die dingliche Anfechtungsklage vorliegt, eine Frage, die nur unter genauer Prüfung des beiderseitigen Inhalts der sich gegenüberstehenden

---

richt entschiedene Fall mit der aus der Realberechtigung hergeleiteten Vorzugsberechtigung der hypothekarisch gesicherten Anfechtungsgläubiger lässt die ausserordentliche praktische Bedeutung der Frage erkennen.

Rechte zu beantworten sein wird. In den §§ 8 ff wird nachgewiesen werden, dass die Anfechtung der Hypothekenbestellung, folgerecht durchgeführt, lediglich dem persönlichen Gläubiger, niemals dem dinglichen Gläubiger ein geeignetes Mittel sein kann, seine Befriedigungsmöglichkeit zu erweitern. In den Schlussausführungen (§§ 12ff.) wird schliesslich auf der Grundlage der zur Ausschliessung der dinglichen Anfechtungsklage führenden Untersuchungen die nähere Ausgestaltung der Anfechtung der Hypothekenstellung durch die persönlichen Gläubiger in und ausserhalb des Konkursverfahrens, vor und während der Zwangsversteigerung erörtert werden.

I. Teil.

§ 2.

I. Das Anfechtungsgesetz enthält keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, welchen sachlichen Inhalt der Anspruch haben muss, auf welchen der Gläubiger seine Anfechtungsklage stützt. Es entbehrt einer unmittelbaren Regelung der Frage, ob nur eine Geldforderung zur Anfechtungsklage berechtigt oder ob auch andere unerfüllte Ansprüche z. B auf Herausgabe von Sachen, Vornahme von Handlungen oder Unterlassungen als Grundlage dieser Klage genügen. Eine Begrenzung in dieser Richtung ist unmittelbar weder der ausführlichen Aufschrift des Gesetzes noch dem die formelle Grundlage regelnden § 2 zu entnehmen. Es kann jedoch kein Zweifel bestehen, dass die Gläubigeranfechtung nur dem Zwecke der Geldvollstreckung dient und dass die Vorschriften des Anfechtungsgesetzes lediglich als ergänzende Bestimmungen zu dem II. Abschnitt des 8. Buches der Zivilprozessordnung, welcher die „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen" regelt, zu betrachten sind. Dies folgt bereits aus der — auch in der Begründung des Entwurfes (Seite 14) hervorgehobenen — Gleichartigkeit der Fassung des § 2 Anf. Ges. mit dem § 807 Z.P.O. (hat die Zwangsvollstreckung" zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt". . . .). Die Beschränkung des Anfechtungsrechts auf die Gläubiger von Geldforderungen ergibt sich vor allem zwingend aus den Wirkungskreis des Gesetzes, aus seinem Zweck, die durch die anfechtbaren

Rechtshandlungen des § 3 Anf. Ges. dem Schuldnervermögen entzogenen Rechtsgüter wieder der Vollstreckung der Gläubiger zu unterwerfen. Ein solcher zurückzugewährender Vermögensteil kann nur dem Geldgläubiger zur Befriedigung dienen. Denjenigen Gläubigern, deren Forderung auf Herausgabe von Sachen, auf Vornahme, Unterlassung oder Duldung von Handlungen gerichtet ist, würde die Rückgewähr hinsichtlich ihrer besonders gearteten Ansprüche Befriedigung nicht verschaffen. Es ist somit als das ausschliessliche Anwendungsgebiet des Anfechtungsgesetzes die Anfechtung wegen Geldforderungen festzustellen [1]).

I. Wird nun die dingliche Anfechtungksklage diesem Erfordernis der Geldforderung gerecht?

Nicht alle Grundstücksrechte haben eine Geldleistung zum Gegenstande. Alle durch Eintragungen in Abteilung II des Grundbuchs berechtigten Gläubiger mit Ausnahme derjenigen Reallastberechtigten, deren Recht auf Geldzahlung gerichtet ist, entbehren dieser Voraussetzung. Ihnen allen fehlt also an sich die Berechtigung zur Anfechtungsklage. Weder die Grunddienstbarkeit noch der Niessbrauch noch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, nicht das Erbbaurecht noch das Vorkaufsrecht, auch nicht diejenigen Reallasten, die in Naturallieferungen oder Dienstleistungen bestehen, — um nur die reichsrechtlich geregelten, nicht auf Geldleistung gerichteten dinglichen Grundstücksrechte zu nennen — können an sich Grundlage einer Anfechtungklage sein, Doch scheiden diese Gläubiger damit noch nicht endgültig aus dem Kreise der zur Anfechtung berechtigten Gläubiger aus. Für den wichtigsten Fall, die Anfechtung im Zwangsversteigerungsverfahren seitens des mit seinem dinglichen Recht bei der Versteigerung ausgefallenen dinglichen Gläubigers, kommt der Mangel der Geldforderung auch für diese Rechte

[1]) Vgl. Jaeger Kom zum Anf.-Ges (1905) Anm. zu § 2, Falkmann, Zwangsvollsteckung § 41, I a, S. 499, Riehl. a a. O. S. 167; R-G. v. 12. 5. 87 in Bd 18 S. 145.

nicht in Frage. Auf Grund der Bestimmung des § 92 Z. V. G. tritt an die Stelle des durch den Zuschlag erloschenen dinglichen Rechts der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös, auf eine Geldleistung, sodass also in dieser Beziehung die Berechtigung zur Anfechtung in der Zwangsversteigerung hergestellt ist. Soweit freilich die Anfechtungsklage auf ein noch bestehendes, nicht durch Zwangversteigerung erloschenes Recht gestützt werden sollte (praktisch kommt dieser Fall wohl kaum in Frage), sind bereits hier die in Abteilung II Berechtigten — mit der oben erwähnten Ausnahme — auszusondern. Diesen Gläubigern etwa schon vor dem Erlöschen ihres Rechtes durch den Zuschlag, ausserhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens, einen Anfechtungsanspruch zuzusprechen, mit der Begründung, dass ihr Recht, wenn es auch noch nicht gegenwärtig auf eine Geldleistung gerichtet sei, doch gemäss § 92 Z.V.G. zu einer Geldforderung werden könne, ist abzulehnen, da bis zu dem Eintritt der Voraussetzungen des § 92 Z.V.G. die Möglickeit einer späteren Enstehung der notwendigen Klagegrundlage für die Gegenwart den Mangeldes gesetzlich geforderten Geldanspruchsnicht aufhebt.

Die nunmehr übrigbleibenden dinglichen Gläubiger — in jedem Falle die Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldgläubiger sowie die Reallastberechtigten, deren Anspruch auf Geldleistung gerichtet ist, ausserdem auch die übrigen in Abteilung II Berechtigten für den Fall, dass sie in der Zwangsversteigerung ausgefallen sind, — genügen dem Erfordernis der Geldforderung wenigstens insoweit, als sie eine Geldleistung zum Gegenstand haben.

III. Es bleibt noch zu prüfen, ob das Recht dieser dinglichen Gläubiger sich als Geldf o r d e r u n g im Sinne des Anfechtungsgesetzes darstellt. Genau genommen ist dies zu verneinen, da diese Rechte nicht wie „Forderungen" die Person des Schuldners mit seinem ganzen Vermögen verhaften. Die vereinzelten Versuche, die Grundstücksrechte insbesondere die Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden als „Realobligationen", als persöhnliche, hinsicht-

lich der Haftung auf das Grundstück beschränkte Forderungen gegen den jeweiligen Eigentümer belasteten Grundstücks zu erklären, sind von der herrschenden Ansicht abgelehnt [1]). Die Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden sind dingliche Rechte am Grundstück, sie belasten das Grundstück in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. (Vgl. §§ 1113, 1191, 1199 B. G. B) Das wirtschaftliche Endziel dieser dinglichen Rechte ist zwar in gleicher Weise wie bei der Geldforderung Leistung einer bestimmten Geldsumme, aber der rechtliche Weg zu diesem wirtschaftlichen Ergebnis ist verschieden ; die der Forderung wesentliche Haftung einer bestimmten Person mit ihrem gesamten Vermögen fehlt dem dinglichen Recht. Der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks ist nicht Schuldner, er ist zur Zahlung der Geldsumme nicht verpflichtet, sondern lediglich zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück hierzu berechtigt.

Freilich kann diese materiell-rechtliche Verschiedenheit der Geldforderung mit ihrem obligatorischen Bande und der genannten Grundstückspfandrechte mit ihrem rein dinglichen Wirkungskreise, so bedeutsam sie auch später bei der Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Anfechtungsklage sein wird, hier für die formelle Frage, ob eine Geldforderung vorliegt, nicht in Betracht kommen. Die oben dargelegte wirtschaftliche Gleichartigkeit beider Rechte muss gerade für das Anfechtungsrecht, das auf die wirtschaftliche Ausgleichung gerichtet ist, eine Gleichstellung der Geldforderung mit den genannten Grundstücksrechten herbeiführen. Es bedarf hier nur der ent-

[1]) (Für die Annahme der Realobligationen vgl. insbesondere Fuchs: Grundbuchrecht Bd I (1902) Vorbemerkung zum 8. Abschn. S. 374 ff. Gegen diese Ansicht insbesondere: Güthe: Grundbuchordnung (2. Auflage 1911) Bd II S. 1629, (Enneccerus-Kipp-)Wolff: Lehrb. des Bürgl. Rechts (1. und 2. Aufl. 1910) Bd. II, § 131 S. 434. Gierke: Deutsch. Privatrecht Bd II (1905) § 158 S. 855., Riehl a. a. O. S. 167.

sprechenden Anwendung gleichartiger Vorschriften des Prozessrechts, in denen aus dem gleichen Grunde, weil der rechtliche Aufbau der Geldforderung ohne Bedeutung, vielmehr der wirtschaftliche Inhalt entscheidend ist, der Anspruch aus einer Hypothek, Grund- und Rentenschuld dem Anspruche gleichgestellt ist, welcher „die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat." Vgl. die Vorschriften der §§ 592 Z.P.O. (Urkundenprozess), 688 Z. P. O. (Mahnverfahren), 794 Ziff. 5 Z. P. O. (Vollstreckbare Urkunden[1]) Vgl. auch die Vorschrift des § 952 Abs. 2 B.G.B.

Dass das Anfechtungsgesetz eine besondere diese Gleichstellung anordnende Vorschrift nicht getroffen hat, hängt damit zusammen, dass auch das Grunderfordernis der Geldforderung nicht ausdrücklich Erwähnung gefunden hat. Dass der Gesetzgeber das Recht des Realgläubigers nicht um deswillen ausschliessen wollte, weil es nicht als Geldforderung aufzufassen sei, folgt überdies aus der Begründung des Entwurfes zum Anfechtungs-Ges. (S. 14), wo der Gesetzgeber ausdrücklich hinsichtlich der formellen Anfechtungsbefugnis jeden Unterschied ablehnt zwischen den Forderungen persönlicher oder dinglicher Art, zwischen dem Gläubiger, der aus dem Vormögen des Schuldners im allgemeinen oder aus einem bestimmten Gegenstande Befriedigung sucht[2]).

§ 3.

I. Jede Anfechtungsklage ist — abgesehen von der in § 2 erörterten, im Gesetz nicht festgelegten Voraussetzung der „Geldforderung" — kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes an besondere formelle Voraussetzungen gebunden, die mit der sachlichen Grundlage des Anfechtungsanspruchs, dem die Anfechtung begründenden Be-

[1]) Die oben dargelegte Verschiedenheit dieser Grundstücksrechte von der Geldforderung ist in allen diesen Fällen durch das Wort „gilt" anerkannt.

[2]) Anders freilich Riehl a. a. O S. 167 ff., der bereits mangels der formellen Voraussetzung der Geldforderung die dingliche Anfechtung ablehnt.

nachteiligungsakt, nichts gemein haben und lediglich, den Besonderheiten des Anfechtungsrechts Rechnung tragend, eine formelle Verschärfung der allgemeinen Prozessvoraussetzungen darstellen. (Vgl. die ähnliche Verschärfung des § 256 Z. P. O. für die Feststellungsklage.) Ein Rechtsschutzbedürfnis ist für den Anfechtungskläger nur dann anerkannt, wenn er sich gemäss § 2 Anf. Ges. als formell zur Anfechtungsklage berechtigt erweist.

Als formelle Grundlage ist erforderlich :

a.) dass ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt,

b.) dass die Forderung des Anfechtungsgläubigers zur Zeit der Anfechtung fällig ist,

c.) dass die Zwangsvollsteckung in das Vermögen, des Schuldners ohne Erfolg versucht ist oder dass sie voraussichtlich zur vollen Befriedigung des Anfechtungsgläubiger nicht führen wird.

Massgebender Zeitpunkt für diese vom Anfechtungsgläubiger zu behauptenden und zu beweisenden Erfordernisse ist der Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil in erster oder zweiter Instanz ergeht.[1])

Im Falle der Anfechtung eines Grundstücksrechts durch Inhaber von Realrechten an diesem Grundstücke, insbesondere durch Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger, führt nun die Eigenart der beiden widerstreitenden Rechte bei der Anwendung des § 2 Anf. Ges. zu einigen Besonderheiten, die jedoch keineswegs die durch diese Vorschrift gebotene formelle Legitimation ausschliessen.

II Zu a : Die Besorgung eines vollstreckbaren Titels ist naturgemäss auch für die anfechtenden Realgläubiger

---

[1]) Vgl. hierzu : Jaeger, Komm. z. Anf. Ges. (1905) Anm. 6 zu § 2 und die dort genannten Entscheidungen, besond. d. Entsch. der Ver. Ziv Sen vom 27 April 1898 (Bd. 41 S 87 ff.) ; ferner Falkmann a. a. O § 41 I A, 2 S 500 ff, v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung (1906) zu § 2 Anf. G.

notwendig[1]), wird jedoch keine besonderen Schwierigkeiten machen. Wird der Anfechtungsanspruch im Wege der Einrede erhoben, so ist der vollstreckbare Titel zunächst überflüssig, da gemäss § 5 Anf. G. der Gläubiger das Recht auf eine vom Gericht zu bestimmende Frist hat, innerhalb deren er sich den vollstreckbaren Titel zu beschaffen hat. In den zahlreichen Fällen, in denen sich der Grundstückseigentümer bei der Bestellung der der Anfechtung zugrunde gelegten Post in der Schuldurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, liegt bereits in dieser Urkunde ein vollstreckbarer Schuldtitel im Sinne des § 2 Anf. Ges. vor, ohne dass es noch der Innehaltung der dreitätigen Frist des § 798 Z.P.O. bedarf. Schliesslich braucht überhaupt für jeden Schuldtitel, hier wie im Regelfalle, die für den Beginn der Zwangsvollstreckung aufgestellten Erfordernisse einer vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 724 ff Z.P.O.), der Zustellung (§ 750 Z.P.O.), der Sicherheitsleistung (§ 751 Abs. 2) und der Anzeige (§ 753 Z.P.O.) nicht erfüllt zu sein[2]), sodass also, falls dem dinglichen Gläubiger ein Anfechtungsrecht zusteht, das Erfordernis des Vollstreckungstitels keine Schwierigkeit macht.

III. Zu b: Das Gleiche gilt von dem Erfordernis der Fälligkeit. Hier greift sogar für diejenigen Fälle, in welchen die Frage der dinglichen Anfechtungsklage in erster Reihe praktisch wird, nämlich für die Anfechtung im Zwangsversteigerungsverfahren, eine Erleichterung insofern Platz, als gemäss § 111 Z. V. G. die in das geringste Gebot nicht aufgenommenen betagten Ansprüche in Ansehung des zu verteilenden Erlöses als fällig gelten, sodass ein dem Teilungsplan widersprechender Grundstücksgläubiger bei der Erhebung der Anfechtungsklage

---

[1]) Vgl Jaeger, Anf. Ges. Anm 16 zu § 2, Entsch d R G. vom 29. 11. 1886 in Bd. 17 S. 168, vom 22. 10. 1902 in Bd 52 S. 337. Anders früher nach §§ 70,71 der Subhastationsordnung vom 15. 3. 1869

[2]) Vgl. Begründung zum Anf. Ges S. 13, Jaeger a. a. O. Anm. 19 zu § 2.

(der Widerspruchsklage gemäss § 115Z.V.G.,)§ 878 Z.P.O.) hinsichtlich der Fälligkeit der Forderung das Erfordernis des § 2 Anf.-G. nicht mehr nachzuweisen braucht.

IV. zu c: Das letzte Erfordernis des § 2Anf. Ges., der Nachweis, dass aus dem Vermögen des Schuldners eine Befriedigung nicht erfolgen kann, macht freilich bei der Uebertragung auf das Anfechtungsrecht des Grundstücksgläubigers erhebliche Schwierigkeiten, die jedoch nur zu einer besonderen Behandlung dieser Fälle führen, nicht aber die Anfechtung ausschliessen.

Die in Rede stehende Vorschrift des Anf.-Ges. beruht auf dem Grundgedanken, dass die Anfechtung der an sich rechtsbeständigen Rechtsgeschäfte des Schuldners gegenüber Dritten nur als allerletztes Hilfsmittel der Vollstreckung zur Verfügung zu stellen ist, dass zuvor nachzuweisen ist, dass der normale Weg, durch Zwangsvollstreckung in das noch vorhandene Vermögen des Schuldners zum Recht zu gelangen, nicht zum Ziel geführt hat.[1]) Notwendige Voraussetzung der regelmässigen Anfechtungsklage ist demnach, dass die Vollstreckung in das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners nicht zur Befriedigung geführt hat oder voraussichtlich nicht führen wird. Freilich dem Grundstückgläubiger, dem der Grundstückseigentümer nicht mit seinem Vermögen haftet, dessen Recht sich vielmehr nur auf das belastete Grundstück erstreckt, ist ein solcher Nachweis nicht aufzuerlegen. Für die Frage, was in dieser Hinsicht zu beweisen ist, muss die Anfechtungsklage des Hypothekengläubigers von der des Grund- und des Rentenschuldgläubigers gesondert werden. Die beiden letzteren Grundstücksgläubiger haben nur ein dingliches Recht am Grundstück; der normale Weg der Zwangsvollstreckung in das Vermögen

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. vom 17. November 1883 Bd 10 S. 236: Die Anfechtungsklage „ein eminent subsidiäres Rechtsmittel." Vgl. ferner Jaeger, Anf. Ges. § 2 Anm. 21.

des Grundstückseigentümers ist ihnen verschlossen. Der Nachweis der erfolglosen Vollstreckung ist deshalb für sie dahin einzuschränken, dass es genügt, zu beweisen, dass sie auf Grund ihres Rechts am Grundstück zur Befriedigung nicht gelangen[1]). Im Regelfalle der Anfechtung, in der Zwangsversteigerung, ist dieser Nachweis durch den Ausfall erbracht, während bei der Anfechtung ausserhalb der Zwangsversteigerung der Nachweis erforderlich ist, dass die der Anfechtung zugrundegelegte Post wegen der vorangehenden, das Grundstück bis zu seiner äussersten Wertgrenze belastenden Rechte an aussichtsloser Stelle steht. Das Gleiche gilt von jedem der in Abteilung II berechtigten Gläubiger, soweit er eine Geldleistung zu fordern hat. Anders dagegen ist die Stellung des anfechtenden Hypothekengläubigers. Hier ist zu unterscheiden, ob der Grundeigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist oder ob er für fremde Schuld Hypothek bestellt hat. Im ersten Falle ist von dem die dingliche Anfechtungsklage anstrengenden Hypothekengläubiger der Nachweis zu verlangen, dass er die Zwangsvollstreckung in das gesamte Schuldnervermögen vergeblich versucht hat. Es liegt zwar nahe, mit Rücksicht darauf, dass der Gläubiger von der ihm eingeräumten bevorzugten Stellung als dinglicher Gläubiger Gebrauch macht und die gleichzeitige persönliche Gläubigerschaft nicht geltend macht, den Nachweis der Vollstreckung auf das Grundstück zu beschränken und ihm den Umstand, dass sein dingliches Recht durch die gleichzeitige persönliche Haftung gebessert ist, nicht in der Weise zum Nachteile gereichen zu lassen, dass ihm der unbequemere Nachweis der vergeblichen Vollstreckung in das gesamte Vermögen aufgebürdet wird. Doch steht die Fassung und der oben dargelegte Zweck der Vorschrift des § 2 Anf.-Ges. einer solchen Entscheidung entgegen. § 2 fordert eine Zwangsvollstreckung in „das Vermögen“ des Schuldners. Während bei dem blossen

[1]) Anders Riehl a. a. O. S. 169

Realgläubiger die Vollstreckung ihre natürliche Schranke in dem Grundstück findet, steht dem Hypothekengläubiger, der den Grundstückseigentümer zugleich zum persönlichen Schuldner hat, die Vollstreckung auch in das andere Vermögen offen. Solange dies aber der Fall ist, solange der Gläubiger noch auf andere Weise als durch Anfechtung zu seinem Rechte gelangen kann, will ihm der Gesetzgeber den Anfechtungsanspruch nicht zusprechen. In dem Interessenstreit zwischen dem mit dem Schuldner vertragschliessenden Dritten und dem Gläubiger soll diesem erst dann ein besseres Recht zugestanden werden, wenn alle anderen Möglichkeiten der Befriedigung versagt haben. Auf dieser Grundlage ist zu fordern, dass der Hypothekengläubiger, dem der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, zur Anfechtung einer ihm vorhergehenden Hypothek neben Fälligkeit und vollstreckbarem Titel auch nachweisen muss, dass er die Vollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners vergeblich versucht hat. Die Tatsache allein, dass er in dem Zwangsversteigerungsverfahren mit seinem Recht ausgefallen ist, genügt hier nicht zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruches[1]).

Haftet der Eigentümer in Ansehung der anfechtenden Hypothek nur dinglich für die Schuld eines andern, so bedarf es nur des Nachweises, dass die Vollstreckung in das Grundstück fruchtlos ausgefallen ist, nicht auch des Beweises, dass die Vollstreckung wegen der persönlichen Forderung in das Vermögen des von dem Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners nicht zur Befriedigung geführt hat. Wenngleich an sich die gleichen Gesichtspunkte wie oben sich auch hier vorbringen liessen und die Forderung begründen könnten, dass die zur Befriedigung irgend möglichen Vollstreckungsmassregeln zuvor versucht werden müssten, so widerspricht dem doch

[1]) Ebenso Jaeger in einer kurzen Bemerkung Anm. 28 zu § 2 Anf. G.

der Wortlaut des § 2 Anf.-G., der ausdrücklich die Zwangsvollstreckung in „das Vermögen des Schuldners" fordert. Demnach braucht sich dieser Hypothekengläubiger nicht darauf verweisen zu lassen, dass er von dem (dritten) persönlichen Schuldner Befriedigung erhalten könne. Es genügt wenn er nachweist, dass er aus dem belasteten Grundstücks nicht oder voraussichtlich nicht befriedigt wird[1]).

Diese als geringstes Mass in jedem Falle notwendige Voraussetzung, dass der anfechtende Gläubiger mit seinem dinglichen Recht nicht Befriedigung erlangt hat, muss freilich, sofern die dingliche Anfechtungsklage zugelassen wird, praktisch dahin führen, dass die etwaige dingliche Anfechtung nur im Zwangsversteigerungsverfahren möglich ist, wo allein der Ausfall des anfechtenden Rechts gewiss wird. Ausserhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens wird mangels einer festen Grundlage dafür, welchen Erlös das Grundstück in der Zwangsversteigerung erzielen würde und ob anzunehmen ist, dass das dingliche Recht des Anfechtenden ausfallen würde, eine Anfechtung nicht erfolgen können. Dieser Umstand, dass die herrschende Ansicht der Zulassung der dinglichen Anfechtungsklage (auch noch aus einem anderen Grunde, vgl. unten § 11, V) eine Durchführung des Anfechtungsanspruchs nur auf dem umständlichen und kostspieligen Wege der Zwangsversteigerung ermöglicht, bedeutet naturgemäss ein Hemmnis des Verkehrs, das in jedem Falle zu Bedenken Anlass geben muss[2]).

§ 4.

I. Haben die bisherigen Erörterungen gezeigt, dass die formellen Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes der dinglichen Anfechtungsklage nicht im Wege stehen, sich vielmehr ohne erhebliche Schwierigkeit auch bei dem dinglichen Anfechtungsanspruch nachweisen lassen, so sollen

[1]) Vgl. Jaeger, Anf.-Ges. Anm. 24 zu § 2.

[2]) Im Falle der Versagung der dinglichen Anfechtungklage schwindet dieses Bedenken. Vgl. unten § 12

nunmehr die sachlichen Voraussetzungen der Anfechtungsklage erörtert und ihre Uebertragungsmöglichkeit auf den Tatbestand der dinglichen Anfechtungsklage geprüft werden. Die sachlichen Voraussetzungen sind, soweit die Anfechtung ausserhalb des Konkurses in Frage kommt, in § 3 Anf.-G., für die Anfechtung im Konkurse in den §§ 30, 31 K.O. niedergelegt. Es erübrigt sich, auf die dort festgesetzten Einzelvoraussetzungen einzugehen, da sie für den Tatbestand der Hypothekenanfechtung keine Besonderheit aufweisen. Der die Anfechtung rechtfertigende Tatbestand, die ungerechtfertigte Bevorzugung einzelner Gläubiger nach Massgabe jener Vorschriften, kommt bei der Bestellung einer Hypothek in gleicher Weise zustande, wie bei der Fortgabe irgend eines andern Vermögensgegenstandes, insbesondere der Uebereignung einer Sache, Verpfändung der beweglichen Vermögensgegenstände, Abtretung eines Rechts.

II. Hier kommt es allein auf das allgemeine Erfordernis der objektiven Benachteiligung des Anfechtungsgläubigers durch die anzufechtende Handlung an. Für die Anfechtung der Hypothekenbestellung enthält gerade dieses für jede Anfechtungsklage wesentliche Moment der Benachteiligung den Schlüssel für eine sachgemässe Lösung.

Der Mangel der oben (§ 1, VII) erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 47, 70 sowie 29 beruht ausschliesslich auf der Verkennung dieser Voraussetzung.

Um Inhalt und Bedeutung des Erfordernisses der Benachteiligung als Hauptgrundlage einer jeden Anfechtungsklage klar zu erkennen, bedarf es – in Erweiterung der obigen Darlegungen in § 3, IV — der Klarstellung des gesetzlichen Zweckes der Anfechtungsklage. Es ist davon auszugehen, dass die der Anfechtung unterworfenen Rechtshandlungen von einer verfügungsberechtigten Person mit einem auf diese Verfügungsberechtigung vertrauenden Gegner vorgenommen sind. Die Sicherheit des Verkehrs fordert allgemein, dass die Verfügungen eines Ver-

fügungsberechtigten rechtsgültig sind und als rechtswirksame Akte zur Grundlage weiterer Rechtsgestaltungen gemacht werden können. Dem mit der unbeeinträchtigten Verfügungsfreiheit rechnenden Dritten tritt nun der Gläubiger dieses Schuldners entgegen, der durch jene Verfügungen in seinem Rechte verkürzt ist. Dem Interesse des vertragsschliessenden Dritten steht das Interesse des in seiner Befriedigung beeinträchtigten Gläubigers gegenüber. An sich ist das Interesse des verkürzten Gläubigers nach allgemeinen Grundsätzen nicht mit der Macht ausgestattet, in das Recht des Dritten einzugreifen. Wären die besonderen Normen des Anfechtungsgesetzes nicht vorhanden, so wäre das hinsichtlich Form und Inhalt fehlerfreie Rechtsgeschäft auch gegenüber dem verkürzten Gläubiger unantastbar. Das Anfechtungsgesetzes hat jedoch in seinen besonderen Normen unter bestimmten Verhältnissen diesem wirtschaftlichen Interesse des Gläubigers die Rechtsmacht verliehen, den an sich rechtsgültigen Akt des Schuldners mit dem Dritten anzugreifen. In den Normen des Anfechtungsgesetzes werden die widerstreitenden Interessen des Gläubigers und des mit dem Schuldner vertragschliessenden Dritten abgewogen, dort werden die Voraussetzungen festgesetzt, welche vorhanden sein müssen, damit das Recht des Anfechtenden über das des Anfechtungsgegners den Sieg davontrage [1]). Man braucht sich nur den in der Anfechtung enthaltenen, durchaus ungewöhnlichen und schwerwiegenden Eingriff in die normale Rechtsgestaltung und in die wohlerworbenen Rechte des Dritten, diese völlig regelwidrige Ausserachtlassung der Grundprinzipien des Rechts über die Wirksamkeit der Verfügung eines Verfügungsberechtigten zu vergegenwärtigen, um zu verstehen, dass das Gesetz die Voraussetzungen, unter denen es dem Interesse des Anfechtungsgläubigers ein Uebergewicht über das des Dritten einräumt, so abgemessen hat, dass wirklich nur für ein schutzwürdiges

[1]) Vgl. Kleinfeller in Dt. Jur. Ztg. 1903 S. 386 Sp. 2.

Interesse der Eingriff in die Rechtssphäre des Dritten zugelassen wird. Diese Voraussetzungen entsprechen deshalb dem Zweck der Anfechtung dem zu Unrecht verkürzten Gläubiger zu helfen. Welche Gläubiger zu Unrecht verkürzt sind, ist in den besonderen Gesetzesbestimmungen der §§ 2, 3 Anf.G., §§ 30 ff. K.O. genau abgegrenzt. Die erste Voraussetzung der Anfechtung ist jedoch, dass der Gläubiger überhaupt verkürzt ist. Nur wer benachteiligt ist und zwar durch die anzufechtende Handlung benachteiligt ist, hat ein schutzwürdiges Interesse. Entsprechend dem Zweck der Anfechtung, die zu Unrecht genommene Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers wiederherzustellen, ist Haupterfordernis, dass die anzufechtende Handlung der Befriedigung im Wege steht, dass der Gläubiger zu seinem Rechte gelangen würde, wenn die Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Ist die Befriedigungsmöglichkeit, auch wenn die anzufechtende Rechtshandlung unterblieben wäre, die gleiche wie jetzt — nach der Vornahme der Handlung —, so ist der Gläubiger durch die Rechtshandlung nicht benachteiligt. Es fehlt jeder Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und seiner mangelnden Befriedigung. Dann ist aber auch das Recht des Gläubigers nicht mehr das bessere, der vertragschliessende Dritte kann von diesem Gläubiger nicht um das gebracht werden, was er rechtswirksam erhalten hat. Würde in diesem Falle dem Gläubiger der Anfechtungsanspruch zuerkannt werden, so würde er in eine günstigere Lage versetzt werden, als wenn die Rechtshandlung nicht vorgenommen wäre. Da das, was er auf Grund der Anfechtung seiner Befriedigung unterwerfen will, auch ohne die angefochtene Rechtshandlung nicht oder nicht mehr im Vermögen des Schuldners gewesen wäre, so würde die Anfechtung zu einer Bereicherung des Gläubigers führen, die völlig ausserhalb des Zweckes der Anfechtung liegt und dem Dritten gegenüber ungerechtfertigt ist. Der Anfechtungsgegner tritt also nur dann und insoweit zurück, als die ihn betreffende

Rechtshandlung des Schuldners den Gläubiger benachteiligt. Andernfalls ist sein Recht das bessere; selbst wenn die Handlung andern Gläubigern gegenüber anfechtbar ist, so ist doch der unbefriedigte Gläubiger, der durch jene Handlung eine Benachteiligung nicht erfahren hat, nicht berechtigt, dem Dritten das Erhaltene zu entreissen[1]).

---

[1]) Vgl. u. a. die Entscheidung des R G. vom 30. April 1901. (Entsch. Bd. 48 S 148 ff): „Die Anfechtung ist nicht dazu bestimmt, den Gläubigern Vorteile zu verschaffen, die sie ohne die angefochtene Rechtshandlung nicht gehabt hätten."

Ebenso Entsch. d. R. G. vom 16. September 1904 (Jur. W. 1904 S. 559 No. 23): „Wenn die Aussicht des Gläubigers, Befriedigung zu erlangen, auch beim Fortfall der angefochtenen Rechtshandlung und ihres Erfolges sich um nichts verbessern würde, so fehlt es für den Gläubiger an jedem Interesse, die Anfechtung durchzuführen."

Ferner Entsch. O.L.G. Posen vom 15. Oktober 1906 (Pos. Monatssch. 1906 S. 143): „Der Anfechtungsgegner beseitigt die Klage stets dann, wenn er nachweist, dass der Kläger durch das anzufechtende Rechtsgeschäft eine Benachteiligung seines eigenen Rechts überhaupt nicht erlitten hat."

„Ebenso Entsch. d R. G. vom 8. November 1889 (Bd. 24 S. 145), vom 26. April 1901 (Jur. W. 1901 S. 406), vom 17. Dezember 1901 (Jur. W. 1902 S 95), vom 14. Juni 1894 (Bd. 33 S 123) u. a.

Vgl. ferner Jaeger Kommentar zum Anf. Ges. S. 93 Anm. 52 zu § 1; Jaeger, Kommentar zur K. O. (3. und 4. Aufl. 1911) Bd. I Anm. 46 zu § 29; Falkmann a. a. O § 45 S. 493 ff. Das von Jaeger gebildete Beispiel, dass die Schenkung in Höhe von 100 M seitens des reichen A, der darauf sein ganzes Vermögen verspielt, nicht angefochten werden könne, wenn der Richter gemäss § 286 Z P.O. auf Grund der Umstände des Falles zu der Ueberzeugung gelange, dass A. auch den verschenkten Betrag verspielt hätte, ist zutreffend, sofern man überhaupt auf Grund dieses Tatbestandes zu der Ueberzeugung von der Gewissheit, anstatt der blossen Wahrscheinlichkeit des etwaigen Verspielens gelangen kann und nicht vielmehr die Möglichkeit, dass gerade mit den letzten 100 Mark der Verlust wieder zurückgewonnen wird oder dass der Spieler gerade vor diesen letzten 100 Mark Halt macht, zugeben muss. (Vgl. hierzu unten § 13.)

III. Der Anfechtungsanspruch steht hiernach dem Bereicherungsanspruch auf Grund der §§ 812 ff. B.G.B sehr nahe, wenn auch mit Recht von der herrschenden Meinung eine völlige rechtliche Gleichstellung mit dem Bereicherungsanspruch abgelehnt, vielmehr in dem Anfechtungsanspruch eine besondere obligatio ex lege erblickt wird [1]). Die wirtschaftliche Grundlage ist jedenfalls für den Anfechtungsanspruch insoweit die gleiche wie für die Bereicherungsansprüche, als es sich in beiden Fällen um eine Vermögensverschiebung handelt, die sich in äusserlich giltiger Weise vollzogen hat, obschon innerlich — das heisst nach den Grundsätzen der Billigkeit — kein gerechtfertigter Grund vorhanden ist [2]). Auch hier liegt ein Rechtserwerb vor, der auf dem „technisch geformten" Recht beruht, aber mit dem „richtigen" Recht (im Sinne Stammlers) im Widerspruch steht und aus Gründen der Billigkeit aufgehoben wird [3]). Hier und dort ist Voraussetzung, dass die auf der einen Seite geforderte Bereicherung „auf Kosten" des andern, des Bereicherungs- oder des Anfechtungsklägers, erfolgt ist, dass also der Vermögensstand des Klägers beeinträchtigt ist. Der Vermögensnachteil auf Seiten des Bereicherungs- oder Anfechtungsklägers muss gerade dem Vermögensvorteil auf der Seite des Beklagten entsprechen, es muss eine Ver-

---

[1]) Vgl Jaeger, Anf Ges. Anm. 8ff. zu § 1, K O. Anm. 3 ff. zu § 29; vgl. auch Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb (1909 im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 105, S. 244 ff, wo der Anfechtungsanspruch als Recht auf den Eingriffserwerb aus der Verletzung des „Befriedigungsrechts" gefolgert wird

[2]) Vgl z B für den Bereicherungsanspruch: Planck, Bürg. Gesetzbuch (1900) Bd. II Vorb I zum 24 Titel S. 573. ff

[3]) Vgl. hierzu z B: (Foerster-)Eccius, Pr Priv. R. (7. Aufl. 1896 Bd I § 114 S 774 ff.; vgl ferner Schulz a.a.O S. 473, der die Bereicherungsansprüche in dem von ihm vertretenen System der Rechte auf den „Eingriffserwerb" aufgehen lässt. Vgl ferner Stammler, zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1903).

mögensveränderung stattgefunden haben, in welcher das wirtschaftliche Plus des einen das wirtschaftliche Minus des andern erzeugt hat.

IV. Ebenso wie bei den formellen Erfordernissen des § 2 Anf. Ges. ist für die Prüfung, ob Benachteiligung vorliegt, der Zeitpunkt der Anfechtungsklage (genauer: der Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil in I. und II. Instanz ergeht), im Konkurse der Zeitpunkt der Konkurseröffnung zugrunde zu legen [1]).

Es kommt nicht der Zeitpunkt der Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung in Frage. Auch wenn zu dieser Zeit eine Benachteiligung der Gläubiger vorgelegen hat, zur Zeit der Erhebung der Anfechtungsklage aber der benachteiligende Erfolg bereits durch Wiederaufhebung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes oder durch sonstige Zurückgewährung des Empfangenen in das Vermögen des Schuldners insbesondere auf Grund der Anfechtungsklage eines andern Gläubigers wieder beseitigt war, ist die Anfechtung nicht begründet, da im Augenblick der Anfechtung weder eine Bereicherung des Anfechtungsgegners noch eine Benachteiligung des Anfechtungsklägers durch die in ihren Wirkungen wideraufgehobene anfechtbare Handlung vorliegt [2]).

Es genügt mittelbare Benachteiligung. Es ist hinreichend, wenn nur ohne Rücksicht auf die sofortige, unmittelbare Wirkung der anzufechtenden Rechtshandlung zur Zeit der Anfechtungsklage ein Kausalzusammenhang zwischen der Rechtshandlung und dem Ausfall des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners besteht. Auch wenn der Anfechtungskläger zur Zeit der Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung noch gar keine Forderung gegen den Schuldner ge-

---

[1]) Vgl. Jaeger, Anf. Ges. S. 94 Anm. 53 zu § 1, K. O. § 29 Anm. 40 ff; vgl. hierzu ferner Entsch. des R. G. vom 14. Juni 1894 (Bd. 33. S. 121), vom 26. Jan. 1886 (Bd. 15 S. 62 ff)

[2]) Vgl Entsch. d. R G. vom 30. Okt. 1885 (Bd 14 S. 3.1 ff.)

habt hat, ist doch eine objektive Benachteiligung gegeben, sofern er nur zur Zeit der Anfechtungsklage keinen Ersatz mehr für das an den Anfechtungsgegner Weggegebene in dem Vermögen des Schuldners vorfindet[1]).

Diese „mittelbare" Benachteiligung ist unentbehrliche Voraussetzung einer jeden Anfechtungsklage, gleichviel auf welchen Tatbestand der einzelnen Fälle der §§ 3 Anf.G., 30, 31 K. O. die Klage gestützt wird. Wenn das Anfechtungsgesetz im Falle des § 3 Z. 2, die Konkursordnung in den Fällen der §§ 30 Z. 1 Fall 1, 31 Z. 2 im Gegensatz zu den andern Fällen ausdrücklich verlangt, dass die Gläubiger „durch den Abschluss des Vertrages" benachteiligt werden, so ist dies eine neben dem dargelegten allgemeinen Erfordernis der Benachteiligung bestehende, von diesem durchaus verschiedene Bestimmung. Indem für diese Fälle gefordert wird, dass die Benachteiligung durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts erfolgt ist, wird ausser der erwähnten Hauptvoraussetzung das besondere Erfordernis der „unmittelbaren" Benachteiligung aufgestellt. Neben der mittelbaren Benachteiligung zur Anfechtungsklage muss in diesen Fällen bereits zur Zeit der Zeit der Vornahme der in Frage stehenden Rechtshandlung und unmittelbar durch diese eine Benachteiligung gegeben sein. In den genannten Sonderfällen ist also dem Anfechtungsgläubiger die Anfechtungsklage über das allgemeine Mass hinaus erschwert. In diesen Fällen ist, sofern für die Leistung des Schuldners an den Anfechtungsgegner ein vollwertiges Entgelt in das schuldnerische Vermögen gelangt ist, die Anfechtung ausgeschlossen, da es dann an der hier besonders geforderten unmittelbaren Benachteiligung fehlt. Wird die Benachteiligung des dem Zugriff des Anfechtungsklägers unterliegenden Schuldnervermögens erst nach der anzufechtenden Handlung durch besondere Umstände z. B. durch Wertsteigerung des Veräusserten, Entwertung, Zerstörung oder Diebstahl

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. vom 5. April 1887 (Jur. Wochenschr. 1887 S. 208 No. 15), vom 14. Juni 1894 (Bd. 33. S. 123).

des Erworbenen[1]) bewirkt, so ist wohl nach § 3 Z. 1, 3, 4 Anf. Ges., § 30 Z. 1 Fall 2 Ziff. 2, § 31 Z. 1, 32 K. O., nicht aber nach den erwähnten Sondervorschriften die Anfechtung zulässig. Andererseits ist die Anfechtung auch in diesen Fällen nicht auch schon dann gegeben, wenn erwiesen ist, dass die in Frage stehende Rechtshandlung unmittelbar, bereits zur Zeit ihrer Vornahme, eine Verkürzung des Schuldnervermögens herbeigeführt hat, indem ein gleichwertiges Entgelt für die Leistung des Schuldners in dessen Vermögen nicht gelangt ist. Daneben ist auch in diesen Fällen noch zu prüfen, ob noch zur Zeit der Anfechtungsklage eine Benachteiligung vorliegt. Wenn die ursprünglich vorhanden gewesene Benachteiligung aus der Welt geschafft ist, wenn insbesondere der Anfechtungsgegner freiwillig oder auf die Anfechtungsklage eines anderen Gläubigers das anfechtbar Erlangte bereits zurückgewährt hat, dann entfällt auch hier trotz des Vorliegens der unmittelbaren Benachteiligung mit Rücksicht auf die fehlende mittelbare Benachteiligung der Anfechtunganspruch[2]).

Bei dieser Sachlage wäre es verfehlt, aus der besonderen Erwähnung der Benachteiligung in den Vorschriften § 3 Z. 2 Anfechtungsgesetz, §§ 30 Z. 1, 31 Z. 2 K. O. zu folgern, dass für die anderen Tatbestände das allgemeine Erfordernis der Benachteiligung nicht aufgestellt sei. Die Grundvoraussetzung einer jeden Anfechtungsklage ist die mittelbare Benachteiligung des Anfechtungsgläubigers zur Zeit der Anfechtungsklage; sie gilt für alle Fälle in gleicher Weise. Sie hat im Gesetz überhaupt keine ausdrückliche Normierung gefunden und zwar, wie die Motive erkennen lassen, wegen der Schwierigkeit einer die Verwechslung ausschliessenden Formulierung der

---

[1]) Vgl. Jaeger, Anf. Ges. Anm. 52 zu § 1.

[2]) Vgl Jaeger, Anf. Ges Anm 52f zu § 1, K O. Anm 48 zu § 29 u. die dort angegebenen Entsch. bes Entsch. d. R. G. v. 20 5. 92 (Bd 29 S 79)

mittelbaren gegenüber der unmittelbaren Benachteiligung. Es erscheint freilich verfehlt,[1]) in den §§ 1 und 7 Anf.-G. eine ausdrückliche Normierung dieser Voraussetzung der objektiven Benachteiligung zu erblicken.[2]) Wenn § 1 die Anfechtung von Rechtshandlungen „zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers" zulässt und § 7 dem Gläubiger den Anfechtungsanspruch nur soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist," zuspricht, so hat damit der Gesetzgeber nicht das Erfordernis der Benachteiligung formuliert, sondern lediglich die der ausserkonkursmässigen Anfechtung wesentliche Einschränkung der Anfechtung und ihrer Wirkung auf den einzelnen Gläubiger normiert. Dass hiermit nur diese Sonderbestimmung, nicht die für die konkursmässige Anfechtung in gleicher Weise wie für die ausserhalb des Konkurses zu fordernde objektive Benachteiligung geregelt worden ist, geht klar daraus hervor, dass diese Zusätze in den entsprechenden Vorschriften der Konkursordnung (§§ 29, 37) fortgelassen sind.

Wir haben es also in dem allgemeinen Erfordernis der Benachteiligung — darunter soll im folgenden immer die „mittelbare" Benachteiligung verstanden werden — mit einer dem Gesetzgeber in Anbetracht des Zweckes des Gesetzes und dessen Ueberschrift als selbstverständlich geltenden Voraussetzung zu tun. Indem der Gesetzgeber festsetzt, wann der Gläubiger zu Unrecht verkürzt ist, legt er allen diesen Bestimmungen die Voraussetzung der Verkürzung selbst zugrunde, ebenso wie die „Absicht, den Gläubiger zu benachteiligen" und die Kenntnis des andern Teiles von dieser Absicht notwendigerweise das Vorhandensein einer Benachteiligung voraussetzt.

V. Die hiernach notwendige objektive Benachteiligung muss in doppelter Richtung gegeben sein.

---

[1]) Vgl. Motive zur K.O S. 144 ff, Jaeger, Anf. Ges. Anm. 44. zu § 1.

[2]) Vgl Jaeger, Anf. Ges. Anm. 49 zu § 11.

a) Es ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt eine Beziehung zwischen der anzufechtenden Weggabe und der Befriedigungsmöglichkeit des anfechtenden Gläubigers zur Zeit der Anfechtung besteht. Ohne dass auf den besonderen Inhalt der angefochtenen Rechtshandlung einzugehen ist, insbesondere darauf, ob ein vollwertiges Entgelt in das Vermögen des Schuldners gewährt ist bezw. sich zur Zeit der Anfechtung noch darin befindet, ist zu untersuchen, ob das durch die Handlung Weggegebene für die Befriedigung des Anfechtenden in Betracht gekommen wäre oder ob nicht bereits nach der Natur des weggegebenen Gutes eine Benachteiligung zu verneinen ist. Würde der anfechtende Gläubiger selbst dann unbefriedigt bleiben, wenn das Gut nicht weggegeben wäre, so fehlt es bereits deshalb an der Grundlage der Anfechtungsklage. Vgl. hierzu Entsch. d. R.G. vom 5. Oktober 1906 (Jur. Wochenschr. 1906 S. 722 No. 22): „Die Anfechtung ist weil zwecklos, unzulässig, wenn das aus dem Vermögen des Schuldners Entzogene keinen tauglichen Gegenstand für den Zugriff der Gläubiger ergibt."

b) Erst wenn diese benachteiligende Wirkung zwischen dem weggegebenen Gut und dem nach Befriedigung strebenden Recht des Gläubigers für den Zeitpunkt der Anfechtung festgestellt ist, ist weiterhin zu prüfen, ob die Rechtshandlung, durch welche das zum Vermögen zurückverlangte Gut weggegeben ist, auf Grund ihres besonderen Inhalts den Gläubiger zur Zeit der Anfechtung benachteiligt. Genügt mittelbare Benachteiligung, so wird mit dem Nachweis der fruchtlosen Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners (beim dinglichen Gläubiger in das belastete Grundstück) gemäss § 2 Anf. Ges. auch erwiesen sein, dass ein Entgelt für das Weggegebene, hier für die Bestellung der Hypothek, sich nicht mehr in dem Vermögen des Schuldners befindet, also selbst wenn es gewährt sein sollte, durch nachträgliche Verfügungen

aus dem Vermögen entfernt worden ist. Ist unmittelbare Benachteiligung Voraussetzung, so wird ausserdem darzutun sein, dass zur Zeit der Bestellung der Hypothek ein vollwertiges Entgelt für diese nicht in das Vermögen des Schuldners gekommen ist, sondern dass das Grundstück ohne jedes gleichstehende Aequivalent mit der Hypothek belastet worden ist.

§ 5.

I. Die im Vorstehenden gewonnenen allgemeinen Ergebnisse sind nun auf den besonderen Fall der Hypothekenanfechtung zu übertragen. Von den beiden in § 4, V unterschiedenen Benachteiligungen bedarf der zu b dargelegte Nachweis, dass die anzufechtende Hypothekenbestellung in ihrem besonderen Inhalt eine Benachteiligung der Gläubiger bewirkt hat, hier keiner Erörterung. Diese Frage, ob für das in der Hypothek fortgegebene Vermögensrecht ein Entgelt in das Vermögen des Schuldners gelangt ist (sonst: unmittelbare Benachteiligung) und sich zur Zeit der Anfechtung noch in dem Schuldnervermögen befindet (sonst: mittelbare Benachteiligung), unterliegt hier keinen Besonderheiten und ist nach Lage des einzelnen Falles ohne Schwierigkeit zu entscheiden. Für die Frage der dinglichen Anfechtungsklage soll deshalb unterstellt werden, dass die Hypothekenbestellung unentgeltlich erfolgt ist oder auch nur, dass sie zur Zeit der Anfechtung eine Schmälerung des Schuldvermögens bewirkt hat, so dass also die oben zu b geforderte Benachteiligung feststeht.

Die hier bedeutsame Frage geht dahin, ob der Realgläubiger des belasteten Grundstücks durch die anzufechtende Hypothekenbestellung gemäss § 4, V zu a eine Benachteiligung erfährt, ob überhaupt zwischen dem in der Hypothek anfechtbar weggegebenen Vermögensrecht und dem Recht des anfechtenden Realgläubigers, sich aus dem Grundstück zu befriedigen, Beziehungen der Art bestehen, dass jenes Recht ohne die Fortgabe an den Anfechtungsgegner zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers in

Betracht gekommen wäre, oder ob nicht einerseits nach der Natur des in der anfechtbaren Hypothek weggegebenen Gutes andererseits nach dem Wirkungskreis des der Anfechtung zugrunde gelegten Realrechts eine Benachteiligung zu verneinen ist.

II. Dem der anfechtbar bestellten Hypothek vorangehendeu Realberechtigten, insbesondere dem vorstehenden Hypothekengläubiger, ist selbstverständlich jedes Anfechtungsrecht genommen; er wird durch die anzufechtende Hypothek nicht beeinträchtigt. Auch der vorstehende Hypothekengläubiger kann zwar ein Interesse an dem Nichtvorhandensein der anfechtbar bestellten Nachpost haben. Dann hinsichtlich der über zwei Jahre hinaus rückständigen Zinsen, die in der Rangordnung des § 10 Z.V.G. erst in Ziff. 6, also nach der anfechtbar bestellten Hypothek zur Hebung gelangen, ist eine Verkürzung des vorstehenden Gläubigers durch die anzufechtende Hypothekenbestellung sehr wohl möglich. Freilich reicht diese durch die besondere Gesetzesnormierung bedingte Verkürzung nicht aus, um den vorstehenden Hypothekengläubiger zur Anfechtungsklage zu berechtigen. Er hat ja in dem ihm zugewiesenen Rang das erhalten, was ihm zukommen sollte, er hat keineswegs einen Anspruch darauf, dass das Grundstück nicht weiter belastet wird; eine solche Verpflichtung wäre sogar gemäss § 1136 B.G B. nichtig. Da ausserdem der vorstehende Hypothekengläubiger es in der Hand hat, durch rechtzeitiges Beitreiben der Zinsen ein Ansammeln von mehr als zweijährigen Zinsen zu verhindern, muss er die dargelegte verminderte Befriedigungsmöglichkeit seiner eigenen Säumigkeit zuschreiben. Auf Grund der im Interesse des Realkredits getroffenen positiven Regelung eine Benachteiligung dieses Gläubigers durch die anfechtbare Post im Sinne des Anfechtungsgesetzes festzustellen, ist jedenfalls nicht angängig [1]).

[1]) Zu dem gleichen Ergebnis gelangt auch Dernburg, Pr. Hyp. Recht Abt. 2 § 40 S. 300.

III. Nur die mit gleichem oder nachfolgendem Rang eingetragenen Realrechte können für die dingliche Anfechtungsklage in Frage kommen. Da für die Frage der Benachteiligung der Zeitpunkt der Anfechtungsklage massgebend ist, steht dem etwaigen Anfechtungsrecht dieser dingliche Gläubiger nicht entgegen, dass ihr Recht zur Zeit der anfechtbaren Hypotekenbestellung noch nicht bestanden hat.

Wie bereits oben betont ist, ist für diese Gläubiger der Kernpunkt des zu entscheidenden Problems in der Frage zu erblicken, ob die anzufechtende Hypothekenbestellung ihnen einen Vermögenswert entzieht, auf den sie an sich Anspruch hätten, der ihnen ohne die Hypothekenbestellung zugefallen wäre. Nur dann sind sie als dingliche Gläubiger benachteiligt, nur dann ist ihnen die dingliche Anfechtungsklage gegeben. Ist die anfechtbare Hypothek nicht auf Kosten des nachfolgenden Hypothekengläubigers bestellt, steht die in der Hypothekenbestellung bewirkte Vermögensverschiebung in keinem Zusammenhang mit dem Befriedigungsrecht des gleichstehenden oder nachfolgenden dinglichen Gläubigers des Grundstücks, so würde die Gewährung des Anfechtungsanspruchs dem dinglichen Gläubiger einen Vermögenswert zuwenden, auf den er keinen Anspruch hat, sie würde nicht zur Ausgleichung einer widerrechtlichen Vermögensverschiebung, sondern zu einer durch nichts gerechtfertigten Bereicherung des anfechtenden Realgläubigers führen.

IV. Als allgemeines Beispiel einer solchen fehlenden Beziehung zwischen dem anfechtbar weggegebenen Gut und dem Befriedigungsrecht des Anfechtungsgläubigers sei die Veräusserung unpfändbarer Sachen erwähnt. Es sei z. B. auf den in dem Urteil des R G. vom 2. April 1894 (bei Bolze 18 No. 205) entschiedenen Fall der Veräusserung einer Firma verwiesen Dort ist ohne Nachprüfung, ob eine vollwertige Gegenleistung für die Veräusserung, der Firma gewährt ist, die Anfechtungsklage schon deshalb abgewiesen worden, weil aus der rechtlichen Natur des weggegebenen Gutes sich ergibt, dass, auch, wenn die

anzufechtende Rechtshandlung nicht vorgenommen wäre, der Gläubiger sich aus dem Weggegebenen nicht hätte befriedigen können, weil also die angefochtene Rechtshandlung ohne jede Beziehung zu der mangelnden Befriedigungsmöglichkeit des Schuldners stand.

Im vorliegenden Falle kann von einer absoluten Untauglichkeit des in der bestellten Hypothek weggegebenen Vermögensrechts, dem Zugriff der Gläubiger zu dienen, nicht die Rede sein, da zum mindesten den persönlichen Gläubigern das entzogene Gut zur Befriedigung zugänglich gewesen wäre. Die Beschränkung der Pfändbarkeit liegt hier umgekehrt auf der Seite des Anfechtenden, die Machtsphäre seines Realrechts ist eingeengt. Die Festlegung dieser Machtgrenze der modernen Hypothek ist die Grundlage der zu entscheidenden Frage, ob das anfechtbar entzogene Vermögensgut ohne Fortgabe der beschränkten Machtsphäre des dinglichen Gläubigers erreichbar gewesen wäre.

V. Bei oberflächlicher Prüfung dieser Frage, ob durch die in der Hypothekenbestellung bewirkte Vermögensminderung auch der nachfolgende Realberechtigte, besonders der nachstehende Hypothekengläubiger, geschmälert ist, könnte die Antwort selbstverständlich erscheinen. Es könnte darauf hingewiesen werden, dass es sich ja gerade um das belastete Grundstück handelt[1]), dass dieser Vermögensteil des Schuldners durch die anzufechtende Hypothekenbestellung eine Verringerung erfahren habe; es könnte geltend gemacht werden, dass die herrschende Ansicht es abgelehnt hat, die Hypothek des bürgerlichen Gesetzbuchs als Wertrecht an einzelnen Wertparzellen aufzufassen, und auch für das moderne Grundstückspfandrecht daran festgehalten hat, dass das ganze Grundstück von dem Hypothekenrecht ergriffen wird[2]). Es

[1]) So z. Z für das frühere Recht die Entscheidung des Ob. Trib. Bd. 11 S. 47; vgl. auch Turnau, Grundbuchordnung (5. Aufl. 1892) Anm. 2. zu § 40 Eigentumserwerbsgesetz (S 775.)

[2]) Vgl. gegen die bes. von Oberneck (Reichsgrundbuchrecht 4. Aufl. 1909 Bd. II § 114) vertretene „Wertparzellentheorie“

könnte hieraus gefolgert werden, das die Machtsphäre der dinglichen Grundstücksrechte durch alle ihnen entgegenstehenden Rechte am Grundstück eingeengt werde und dass deshalb die für die Anfechtungsklage notwendige Benachteiligung gegeben sei, indem bei Fortfall der anzufechtenden Hypothek der Rang des anzufechtenden Rechts besser wäre.

Es ist jedoch nicht angängig, in dieser Weise theoretische Begriffskonstruktionen zur Grundlage praktischer Entscheidungen zu machen, noch dazu, wenn ein wissenschaftlich so bestrittener Rechtsbegriff wie die Hypothek in Frage steht. Rein praktische Fragen wie die hier vorliegende wollen fern von toten Begriffen und abstrakten Theorien unter verständiger Würdigung der besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse an der Hand der besonderen Gesetzesnormen beantwortet werden. Für die hier gestellte Frage muss deshalb eine Lösung auf formellbegrifflicher Grundlage als durchaus verfehlte Methode gelten.

Dies gilt zunächst für die allgemeine Frage der Benachteiligung. Die oben in §4 gezogene Parallele zwischen Anfechtungs- und Bereicherungsanspruch erweist sich gerade in diesem Zusammenhang als bedeutungsvoll, indem in beiden Fällen die Frage der Schädigung des einen durch den anderen bezw. der Bereicherung des einen auf Kosten des andern nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Wirtschaftliche Erwägungen der allgemeinen Verkehrsbilligkeit sind es, die der Gesetzgeber in beiden Normen gegenüber der rechtlich formgültigen, wirtschaftlich als unbillig erkannten Vermögensverschiebung zum Siege verhilft. Gerade die Notwendigkeit, den Buchstabenwillen der abstrakten Norm aus praktischen Bedürfnissen in seinen der wirtschaftlichen Billigkeit widersprechenden Konsequenzen unschädlich zu

u. a.: Güthe, Grundbuchordnung (2. Aufl. 1911) Bd. II S. 1375 zu „Eigentümerhypothek", Fuchs Grundbuchrecht (1902) Bd. I Vorb. zu § 1163; ferner Entsch. d R.G. vom 8 März 1905 (Bd. 6) S. 251 ff., bes. S. 254.)

machen und dem wirtschaftlich „richtigen Recht“ ein Ventil zu öffnen, durch welches entgegen dem toten Geist des Begriffes rein wirtschaftliche Gesichtspunkte — Bereicherung und Benachteiligung — entscheidende Bedeutung erlangen sollen, hat zu den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes ebenso wie zu den Vorschriften des § 812 ff. B.G.B. geführt. Rein wirtschaftliche Erwägungen müssen deshalb auch der Massstab für den Inhalt dieser beiden Ansprüche sein.

Dazu kommt dann hier der besondere Gegenstand der Anfechtungsklage, die Hypothek. Gerade das moderne Grundstücks-Pfandrecht ist mehr als jedes andere Rechtsgebilde ein freies Kind der Praxis, gezeugt lediglich von den Bedürfnissen des Tages, fern und geradezu im Gegensatz zu Theorie und Begriffswissenschaft. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der modernen Zeit, die ins Ungemessene erfolgte Wertsteigerung der Grundstücke und die damit zusammenhängende Entwicklung des Realkredits haben den römischrechtlichen Pfandbegriff für die Grundstücksbelastungen in seinem innersten Wesen umgekehrt und ein Gebilde geschaffen, das aus den Begriffsformen des bisherigen Rechtssystems herausgewachsen ist und der Rechtswissenschaft ausserordentliche Schwierigkeiten macht, ein passendes Begriffsgewand zur Bedeckung der von der Praxis gelassenen Blösse zu finden; ein Gebilde, das zwar aus der gebieterischen Not des Tages in der Gesetzgebung Schritt für Schritt Anerkennung gefunden hat, aber entsprechend der zögernden und unsicheren wissenschaftlichen Erfassung und Formulierung im Gesetze — kasuistisch geordnet — einer einheitlich zusammenfassenden Begriffsfestsetzung ermangelt. Der Gesetzgeber hat es gerade mit Rücksicht auf die nach rein praktischen Gesichtspunkten getroffene Normierung des Hypothekenrechts für überflüssig erachtet und ausdrücklich abgelehnt, zu der begrifflichen Konstruktion der modernen Hypothek Stellung zu nehmen [1]). Nichts wäre deshalb verkehrter,

[1]) Vgl. Protokolle der Kom. f. d. II Lesung, Bd. III S. 599 ff.

als für die hier streitige Frage der Benachteiligung einer Hypothek durch die andere, dieses Erzeugnis der Praxis anstatt seiner Quelle, auf der vom Gesetzgeber anerkannten wirtschaftlichen Grundlage seines Werdens, nunmehr unter der starren, unsicheren Formel seiner erst zur Anpassnug an diese Praxis Geschaffenen abstrahierten Thesen zu untersuchen [1]).

VI. Freilich ist unbedingtes Erfordernis, dass die der Entscheidung zugrunde zu legenden wirtschaftlichen Erwägungen gesetzliche Anerkennung gefunden haben, dass sie zum mindesten nicht mit der positiven Gesetzesnomierung im Widerspruch stehen.

An sich sollte ein Widerspruch zwischen dem praktischen Bedürfnis des Verkehrs und der Gesetzgebung, die ja die Regelung des Wirtschaftslebens zum Zweck hat, niemals bestehen. Die Praxis und ihre Bedürfnisse sollen, um ein Bild Dernburgs [2]) zu gebrauchen, der Magnet sein, welcher die Richtung der Rechtsbildung bestimmt und neue Rechtsgebilde formt. Ein Recht, das sich dem magnetischen Feld der Praxis entzieht, dass seine Normen nicht im Einklang mit den wirtschaftlichen Bedürfnissen und nach ihrem Massstab setzt, hat als „unrichtiges Recht" seinen Zweck verfehlt. Solche Unstimmigkeiten zwischen Recht und Wirtschaftsleben — sie sind bei der menschlichen Unvollkommenheit des Gesetzgebers und bei den stets im Fluss befindlichen Formen und Bedürfnissen des Ver-

---

[1]) In gleicher Weise baut Jakoby seine Abhandlung über die Eigentümerhypothek des bürgerlichen Gesetzbuchs (Bl. f. Rechtsanw. Bd. 71 S. 245 ff) auf den wirtschaftlichen Zweck der Eigentümerhypothek auf Er betont mit Recht, dass das allgemeine in der Eigentümerhypothek enthaltene Rechtsprinzip nicht aus ihrem Rechtsbegriff, über welchen bei Abfassung des Gesetzes offenbar keine Klarheit geherrscht habe, sondern aus dem wirtschaftlichen Zweck zu entnehmen sei, welcher den Gesetzgeber zur Einführung der Eigentümerhypothek bestimmt habe.

[2]) Vgl. Dernburg, Pr. Hyp. R Abt. II § 1 S. 1.

kehrs unvermeidlich, — können freilich durch entgegenstehende wirtschaftliche Erwägungen nicht von selbst ausser Kraft treten, die Verkehrsbedürfnisse können nicht contra legem Berücksichtigung finden, sie müssen — als nur de lege ferenda von Bedeutung — für den Richter ausser Betracht bleiben, so lange sie nicht zur Gesetzesänderung geführt haben. Sobald aber die rechtschaffende Kraft dieser wirtschaftlichen Bedürfnisse sich durchgesetzt hat, sobald der Gesetzgeber ihnen durch Festsetzung entsprechender Normen Rechnung getragen hat, dann ist das gesetzlich anerkannte Wirtschaftsleben die einzig geeignete, weil unmittelbare und lebende Quelle für die Erfassung und Entscheidung des in Frage kommenden Rechtsgebildes [1]).

---

[1]) Vgl. hierzu Stammler in seinen Schriften „Wirtschaft und Recht“ (1896), „die Lehre vom richtigen Recht“ (1902): es sei auch besonders auf seine kurze Abhandlung über das Wesen des Rechts in Bd. 2, 8 (Systematische Rechtswissenschaft) des Hinneberg'schen Sammelwerks: Kultur der Gegenwart (1906) verwiesen. Vgl. dort u. a.: S 44: „Alles gesetzte Recht ist seinem Begriff nach ein Versuch, richtiges Recht zu sein Wohl ist es möglich dass auch das Mittel der rechtlichen Regelung einmal missbraucht, unrichtig und schlecht verwendet wird, aber dies hebt den sachlichen Grundgedanken nicht auf, der mit dem Verwenden des Rechtbegriffs und Rechtszwanges notwendig gesetzt ist“. Vgl ferner S. 45: „Im Laufe der sozialen Geschichte wird für eine rechtliche Anordnung ein Zeitpunkt eintreten, an dem das einfache Weiterbestehen einen nichtberechtigten Zustand bedeuten muss und eine Besserung begründetermassen zu fordern ist Das überlieferte Recht erscheint dann nicht mehr als rechtes Mittel zu rechtem Zwecke, es ist zu einer richtigen Regel weiterzuführen.“ Ferner S. 58: „Das geltende Recht kann nicht darauf verzichten, dass es unverbrüchlich und unverletzbar geachtet und verwirklicht werde, so lange es in Geltung steht und nicht durch neues Recht abgelöst ist Es würde mit sich selbst in Widerspruch treten und zur Willkür werden, falls es zuliesse, im Sonderfalle gebrochen zu werden“

Vgl ferner Regelsberger Bayr. Rpfl-Z 1908 S 255, wo „starre Gesetzesnormen“ und „ausbaufähige Gesetzesnormen“ unterschieden werden. In diesen sei nur der Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens enthalten oder nur eine Station in dessen Entwicklung.

VII. Im allgemeinen mag es nun für die Praxis schwer sein, in der Verwendung der wirtschaftlichen Gesichtspunkte das notwendige Mass zu halten und das Gesetz Gewordene von dem als Gesetz Wünschenwerten zu sondern.

Der Gesetzgeber sei sich vielleicht dessen nicht bewusst gewesen oder habe vor der vollkommenen Anerkennung zurückgescheut. Hier sei jedenfalls das Feld, wo die Jurisprudenz schöpferisch einzugreifen ebenso berechtigt wie verpflichtet sei sofern sie damit einem praktischen Bedürfnis entgegenkomme

Vgl. ferner Sohm „Begriffsjurisprudenz" in Deut. Jur. Ztg. 1910 S. 114.

In dieser durch die positive Gesetsgebung begrenzten Bedeutung der wirtschaftlichen Bedürfnisse ist auch die Entscheidung in dem Streit zwischen Eccius (bei Gruchot 36 S 642 ff. bes. S. 655 und an verschiedenen Stellen seines „Privatrechts") und Dernburg (Pr. Hyp. R Abt II, Vorbem. zu § 1, Pr. Privatrecht Bd. I. (5. Aufl 1894) S. 779 Anm. 1) zu finden, der sich schliesslich bei genauer Prüfung nur als unbedeutende Unstimmigkeit erweist. Mit Recht betont Eccius, dass die Hineinziehung allgemeiner volkswirtschaftlicher Erwägungen in das, was Rechtens sein sollte, bedenklich erscheint dass die Vermengung von Jurisprudenz und Nationalökonomie zu verschwommen, die Festigkeit des Rechts auflösenden Zuständen führe, freilich nur soweit mit Recht, als derartige wirtschaftliche Erwägungen des Halts der positiven Gesetzesnormen entbehren Innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Regelung hat Dernburg Recht, der davon ausgeht, dass das Recht nicht das Aggregat toter Regeln ist, vielmehr ein lebender Organismus, dazu bestimmt, wirtschaftlichen, sozialen und ethischen Bedürfnissen zu dienen. Mit Recht erklärt deshalb Dernburg insbesondere das moderne Hypothekenrecht vorzugsweise aus dem wirtschaftlichen Zweck, welchem dieses Recht seine Entstehung verdankt.

Diese vermehrte Betonung der wirtschaftlichen Grundlage des Rechts ist schliesslich auch der überaus berechtigte Kern der modernen Bestrebungen der „Gegenwartsjuristen", der Bewegung, die, sofern sie ihre natürliche Grenze in der positiven Getzesnormierung anerkennt, mit Recht die Herrschaft der Begriffsjurisprudenz zu gunsten einer praktischen Erfassung des Wirtschaftslebens zurückdrängt. Gerade das moderne Wirtschaftsleben zeitigt — z. B hier in der Hypothek – so manches, was, wirtschaftlich gemessen, einfach und zweifelsfrei dasteht, aber auf dem Messschuh der theoretischen Konstruktion unhaltbar erscheint oder mit unhaltbaren Folgerungen beschwert wird. Mit Recht ist

Es liegt die Gefahr nahe, dass mangels einer sicheren Grundlage, wie weit wirtschaftliche Bedürfnisse Gesetz geworden sind, der einzelne Richter subjektive Erwägungen verwertet, die noch nicht gesetzliche Anerkennnng gefunden haben.

Doch eine solche Gefahr ist gerade bei der modernen Hypothek, wenigstens in Ansehung der hier in Frage kommenden wirtschaftlichen Erwägungen, nicht zu besorgen. Hinsichtlich der Hypothek sind die hier massgebenden wirtschaftlichen Gesichtspunkte durch die Gesetzgebung aufs klarste vorgezeichnet. Auf Grund der Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und an der Hand der Rechtsgeschichte des letzten Jahrhunderts ist nachzuweisen, dass gerade die hier interessierenden praktischen Bedürfnisse des Realkredits als treibende Kraft das Hypothekenrecht Schritt für Schritt zu dem gemacht haben, was es jetzt ist, das die hier massgebenden wirtschaftlichen Erwägungen sich als fester Kern durch die einzelnen Gesetzesetappen der letzten Zeit verfolgen lassen, dass sie bewirkt haben, dass die auf Grund der römischrechtlichen Autorität seit altersher als unumstösslich angesehenen Pfandrechtnormen nunmehr für den Grundkredit als überlebt und den Wirtschaftsbedürfnissen nicht mehr gerecht über Bord geworfen worden sind. Wird im folgenden dargetan, dass diese Bedürfnisse in einer für gesetzliche Entwicklung typischen Anpassung der Gesetzgebung an das Wirtschaftsleben durch die Gesetzgebungsakte des letzten Jahrhunderts hindurch im geltenden Recht Normierung gefunden haben, so ist damit eine sichere Grundlage gegeben, die vor einer Entscheidung contra legem bewahrt und „ver-

---

hier zu betonen dass nicht die „Begriffsjuriprudenz im luftleeren Raume“ (Vgl. Sohm a.a.O.) über diese Wirtschaftskomplexe entscheidend bestimmen soll, sondern dass der lebendige Quell des täglichen Lebens und die aus ihm fliessenden wirtschaftspolitischen Erwägungen – sofern sie mit Inhalt und Zweck der Gesetzesnorm im Einklang stehen — massgebende Grundlage sein müssen.

schwommene und die Festigkeit des Rechts auflösende Zustände“ ausschliesst.

§ 6.

I. Im römischen Recht war das Grundstückspfandrecht wie jedes andere Pfandrecht rein accessorischer Natur, es befand sich in völliger Abhängigkeit von der Forderung gegen den persönlichen Schuldner, mit der es entstanden war, fortlebte und unterging[1]). Die persönliche Haftung des Schuldners war stets der Schwerpunkt des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses, die Pfandhaftung diente daneben lediglich der Verbesserung des in der Hauptsache der Person des Schuldners gewährten Kredits[2]). Grund dieser verhältnissmässig gering bewerteten und unselbständigen Bedeutung der dinglichen Sicherheit war, abgesehen davon, dass dem römischen Recht eine reine Sachhaftung nicht bekannt war, vor allem die geringe Verkehrsbedeutung des Grund und Bodens für das damalige Wirtschaftsleben. Der römische Staat mass dem Grundbesitz wirtschaftlich und gesellschaftlich eine nur untergeordnete Bedeutung bei; die Bewertung des Grundstücks, wie sie heute gilt und wie sie in den Motiven zum Entwurf des B.G.B.[3]) ihren Ausdruck dahin gefunden hat, dass der Grund und Boden für die Erfüllung der mit ihm verknüpften Verbindlichkeiten nahezu zweifellose Sicherheit zu bieten vermöge, war dem Römer unbekannt. Ein Realkredit nach Art und Umfang des das moderne Wirtschaftsleben durchdringenden Grundkredits war durch die besonderen Wirtschaftsverhältnisse der da-

---

[1]) Vgl. hierzu und zum folg bes Dernburg, Pr. Hyp. R, Abt II § 1, Pandekten (5. Aufl 1896) Bd. I § 261, S 652, Gierke Deutsch. Priv R. (1905) Bd. II § 156 S. 826 ff, Sohm, Institutionen des röm. Rechts, Anh. zu § 72.

[2]) Vgl. Gierke a. a. O S. 827. „Das röm. Pfandrecht zielt auf Verstärkung der persönlichen Haftung durch eine subsidäre Sachhaftung.“

[3]) Mot. z Entw. eines B G.B. Bd. III S. 599.

maligen Zeit ausgeschlossen. Bei dem verhältnismässig geringen Wert des Grundbesitzes konnte der Käufer eines Grundstücks im allgemeinen das gesamte Entgelt aus eigenen Mitteln bestreiten, das Bedürfnis, einen Teil des Kaufpreises aus dem Wert des Grundstücks durch Belastung mit einer Hypothek zu decken, lag nicht vor. Ausserdem waren die heute zur rationellen Bewirtschaftung des Grund und Bodens meist unentbehrlichen, mit dem Grundstück zu sichernden Darlehen dem damaligen Geldmarkt durchaus unbekannt, indem die nicht intensiv betriebene Bewirtschaftung des Grund und Bodens sich mit Rücksicht auf die wohlfeilen Arbeitskrätte der Sklaven und das einfache, wenig kostspielige Wirtschaftsverfahren sehr billig gestaltete und die Inanspruchnahme fremden Kredits selten forderte. Alles dies führte auf der andern Seite dazu, dass der Kapitalist, der sein Geld dauernd sicher anlegen wollte, es nicht dem Grundstück anvertraute. Grundstücksbelastungen dienten ebenso wie jedes andere Pfand nicht der dauernden Kapitalsanlage, sondern lediglich der vorübergehenden Sicherung persönlichen, vom Grundstück unabhängigen Kredits. Von vornherein war bestimmt, dass sie nach verhältnismässig kurzer Zeit mit der Aufhebung des zu sichernden Schuldverhältnisses, erlöschen sollten, um so ihre Stelle den dahinterstehenden Pfandgläubigern einzuräumen, die ihrerseits ihre Sicherheit im Vertrauen auf das vorübergehende Bestehen der vorgehenden Belastung entgegengenommen hatten. Vergegenwärtigt man sich diese wirtschaftlichen Grundanschauungen des römischen Hypothekenrechts, so sind die römischrechtlichen Grundsätze der Unselbständigkeit der Hypothek und des Aufrückens der Nachhypothekare voll verständlich.

II. Wohl auf keinem Rechtsgebiet erwies sich die unterschiedslose Uebernahme des römischen Rechts als verkehrter und hemmender wie in Ansehung des Hypothekenrechts[1]). Andere wirtschaftliche Verhältnisse waren

[1]) Vgl Gierke, a. a. O. § 156 S. 827.

es, die hier dem deutschen Grundstücksrecht zugrunde lagen; das römisch-rechtliche Pfandrechtsgewand passte ihm nicht. Das deutsche Recht, das seit jeher dem Grundbesitz eine besonders einflussreiche Stellung im Wirtschaftsleben und in der gesellschaftlichen Gliederung eingeräumt hatte, das eine reine Sachhaftung sehr wohl kannte und bereits in dem Rentenkauf eine auf die Sicherheit des Grundstücks beschränkte Verbindlichkeit geschaffen hatte, setzte sich durch die Annahme der dargelegten römisch-rechtlichen Grundsätze mit den bestehenden Verkehrsbedürfnissen in Widerspruch. Für die deutschen Wirtschaftsverhältnisse war der Grund und Boden sehr wohl ein Gegenstand, dem man dauernd Kapital anvertrauen durfte, ohne dass man erst auf die Person des Schuldners zu sehen brauchte. Bei dieser Sachlage bedeutet naturgemäss die Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Hypothekenrecht einen ausserordentlichen Rückschritt, der erst in der folgenden Zeit durch die sich durchringende, „gesunde Lebenskraft der Gedanken des heimischen Rechts“ wieder gut zu machen gewesen ist[1]) Dieser sich im 19. Jahrhundert vollziehende Emanzipationsprozess des deutschen Grundstückspfandrechts von den gemeinrechtlichen Pfandrechtsgrundsätzen wurde zugleich durch einen neu hinzutretenden Faktor beschleunigt; zu der an sich schon dem deutschen Recht innewohnenden besonderen Wertschätzung des Grund und Bodens tritt dessen ungemessene Wertsteigerung infolge der wirtschaftlichen Veränderungen gerade des letzten Jahrhunderts; hinsichtsichtlich der städtischen Grundstücke infolge des überaus grossen Bevölkerungszuwachses der Städte, hinsichtlich des ländlichen Grundbesitzes infolge der verschiedensten, insbesondere wirtschaftlichen Gründe, z. B. infolge der gesteigerten Lebensmittelpreise. Diese Wertsteigerung lässt sich unter den modernen Wirtschaftsformen nicht anders nutzbar machen als durch Umsatz des Wertes in Grund-

[1]) Vgl Gierke, a a O. § 155 S 827.

kreditbelastungen. In den seltensten Fällen ist heute der Grundstückskäufer in der Lage, den Wert des Grundstücks aus eigenen flüssigen Mitteln zu bezahlen. Er ist darauf angewiesen, einen erheblichen Teil des Kaufpreises durch Eintragung von Restkaufgeldern und Aufnahme von Darlehnshypotheken zu decken, Belastungen des Grundstücks, die dem Zweck entsprechend nicht nur vorübergehender Natur sind, sondern für möglichst lange Zeit festgelegt werden. Andererseits erscheint dem nach sicherer und dauernder Geldanlage trachtenden Kapitalisten in dem ewigen Auf- und Nieder der hastenden modernen Zeit als der einzige ruhende Pol in der wechselnden Werte Flucht, als der zuverlässigste Wert der Grundbesitz, der so das Anlagesuchende Kapital an sich zieht.

III. In allen diesen Fällen ist es das Grundstück, das die Grundlage des Kredits ist, die persönliche Schuld tritt mehr und mehr zurück. Anders als nach römisch-rechtlicher Auffassung stellt sich nunmehr die dingliche Sicherung als das Hauptrecht dar, zu dem die persönliche Haftung des Schuldners als ein mehr oder minder gleichgültiges Nebenrecht hinzutritt, um schliesslich bei dahin gehendem Parteiwillen völlig zu verschwinden (Grundschuld). Diese Vereinigung alles Interesses auf das Grundstück in Verbindung mit der dauernden Bestimmung des Grundstückspfandrechts führt naturgemäss im Verkehr zu einer eingehenden Prüfung der Sicherheit des am Grundstück einzuräumenden Rechts. Damit erhält nunmehr der Rang des einzelnen Rechts eine Bedeutung, die ihm früher nicht beigelegt worden ist. Da die Grundstückpfandrechte nicht mehr auf den Fortfall der vorstehenden Rechte rechnen können, wird die ihnen von vornherein eingeräumte Rangordnung für die Güte des einzelnen Rechtes entscheidend. Der an erster Stelle zur Befriedigung gelangende Grundstücksgläubiger verfügt über ein besseres, vorteilhafter verwertbares Recht als ein späterer Gläubiger. Je geringer die Sicherheit ist, die eine zu bestellende Hypothek gewährt, desto schwerer fällt es dem Eigentümer,

den auf dieser Grundlage gesuchten Realkredit zu erhalten, desto ungünstigeren Bedingungen hinsichtlich Verzinsung, Kündigung u.s.w. muss er sich unterwerfen. So kommt es, dass die einzelnen Hypothekenrechte in ihrer besonderen Gestaltung verschiedenartig sind, indem die vorderen Rechte Kredit zu mässigeren Bedingungen sichern und deshalb dem Eigentümer weniger lästig fallen als die späteren, weniger sicheren und zu ungünstigeren Bedingungen eingeräumten Rechte. Mit dieser Unterscheidung der einzelnen Rechte wird deren Reihenfolge eine gewisse feste Grundlage gegeben. Während nach römischem Recht die einzelnen Pfandgläubiger aufeinander drängen und beim Fortfall eines Vorgläubigers um dessen Recht vorrücken, wird für die moderne Hypothek der Rang, der dem einzelnen erteilt ist, zu einer diesem Recht wesentlichen Eigenschaft, zu einem konstanten Wert gestempelt; dem einzelnen Recht ist ein bestimmter Platz angewiesen, an dem es auch bei Veränderungen vorgehender Rechte meist verbleibt. Ein Aufrücken des Rechts an die Stelle des vorhergehenden bei dessen Untergang würde den Gläubiger zu Unrecht bereichern, indem er ein besseres Verwertungsrecht erlangt, obgleich er nur Anspruch auf ein minder sicheres Recht hat, indem er ausserdem die auf Grund der geringeren Sicherheit des ursprünglichen Ranges gewährten günstigeren Bedingungen weiter geniesst. Andererseits würde der Eigentümer zu Unrecht benachteiligt werden, indem er, der an wertvoller Stelle eine Hypothek abgelöst hat, des in dieser Stelle verkörperten Vermögensgutes verlustig geht und nur an späterer Stelle unter grösseren Schwierigkeiten und ungünstigeren Bedingungen seinem Kreditbedürfnis Genüge verschaffen kann[1]).

[1]) So bes. Dernburg, Sachenr. (3 Aufl 1904) § 218 S 642 ff., ferner Jacoby, die Eigentümerhyothek a a O S 245 ff, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (4. Aufl 1909) Bd II §§ 113 ff, Staudinger, Sachenr (1910 5. 6. Aufl.) Anm. 2 zu § 1163, Fuchs, Grundbuchrecht Bd I. Vorbem. zu § 1163.

Die Verkehrsbedeutung der modernen Hypothek ist also, sofern man nur ihre wirtschaftliche Funktion ins Auge fasst und von der gesetzlichen Normierung absieht, dahin zusammen zufassen: Jeder Hypothek steht derjenige Rang zu, der ihr auf Grund ihrer Eintragung unter Berücksichtigung der zu dieser Zeit bestehenden Grundstücksrechte zukommt. Der Hypothekengläubiger kann den Versteigerungserlös des Grundstücks nur an dieser Stelle, also nach Abzug eines Betrages, der den zur Zeit der Eintragung bestehenden Belastungen entspricht, für sich in Anspruch nehmen. Eine Befriedigungsbefugnis an früherer Stelle ist eine Verbesserung, auf die das dingliche Recht keinen Anspruch gewährt.

IV. Die Gesetzgebungsakte des 19. Jahrhunders zeigen nun in geradezu vorbildlicher Weise, wie sich diese wirtschaftliche Bewertung der Hypothek von dem einzwängenden Gewand der mit der Verkehrsauffassung im Widerspruch befindlichen gemeinrechtlichen Grundsätze nach und nach befreit hat, wie der Gesetzgeber Schritt für Schritt das „technisch geformte“ Recht dem „richtigen“ Rechte angepasst hat [1]).

Noch das allgemeine Landrecht hat in seiner Ursprünglichen Fassung (I, 16 §§ 476 ff; I, 20) das Grundstückspfandrecht völlig auf der Grundlage der gemeinrechtlichen Prinzipien geregelt, insbesondere das ausnahmslose Aufrücken einer Post beim Fortfall der fremden Pfandberechtigung, überhaupt bei jeder Vereinigung von Eigentum und Pfand festgesetzt.

---

[1]) Vgl. zum folgenden bes.: Dernburg, Pr. Hypothekenr. Abt. II. (1891) § 2, Dernburg, Preuss Privatrecht Bd. I (5. Aufl. 1894) § 337, Dernburg, Sachenr. § 219, Fuchs, Grundbuchrecht Bd I Vorbem. 3 zu § 1163, Eccius, Preussisches Privatrecht (7. Aufl. 1896 Bd. 3 zu § 200 S. 609 ff, Turnau, Grundbuchordnung (5. Aufl 1892) S. 700 Anm. 1 zu § 18 Eigentumserwerbsgesetz, Gierke, Dt Privatr. Bd 2 (1905) § 156, IV, § 166

Aber die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens pochten bald lauter und lauter an die Pforte des Gesetzgebers und liessen sich nicht mehr abweisen. Ein besonders krasser Fall der Praxis gab bereits im Jahre 1802 Veranlassung, ein Gutachten der Gesetzeskommission nachzusuchen, welche entschied, dass die Hypothek für den Fall ihrer Vereinignng mit dem Eigentum nicht untergehen solle, sofern sie nicht nach dem freien Willen des Eigentümers gelöscht wurde, und dass der Eigentümer ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen anderen abtreten könne[1]). Das Gutachten ist durch Königliches Reskript vom 11. August 1802 bestätigt und als Anhang § 52 des A.L.R. zu I, 16, § 484 Gesetz geworden. Diese Gesetzesänderung bedeutet den ersten Bruch mit den alten überkommen Pfandrechtsgrundsätzen; zum ersten Mal wird hier versucht, die zwischen Recht und Wirtschaftsbedürfnissen vorhandene Klaft zu überbrücken. Freilich hat der Gesetzgeber mit dieser Normierung nur halbe Arbeit geleistet. Anstatt im Wege allgemeiner Umbildung der Pfandrechtsnormen helfend einzugreifen, hat er sich darauf beschränkt, einem einzelnen auftauchenden Missstand durch Einschränkung des an sich bestehend bleibenden alten Prinzips in einer kasuistischen Ausnahmeregel abzuhelfen; in Verkennung der prinzipiellen Bedeutung dieses Widerspruchs zwischen Verkehr und formellem Recht hat er durch lokale Behandlung des einzelnen Falls nnd durch Entfernung des einzelnen Auswuchses das allgemeine Problem meistern zu können geglaubt.

Jedenfalls war das Problem nunmehr angeschnitten. Die folgerechte Uebertragung des neuen Gedankens auf gleichliegende Fälle war nur noch eine Frage der Zeit.

---

[1]) Vgl. Gutachten der Gesetzeskommission vom 10. Juli 1802, abgedr. bei Amelung, neues Archiv der Preuss. Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit Bd II, S. 457 bis 473.

So brachte denn die Deklaration des § 52 des Anhangs vom 3. April 1824 (Gesetzessammlung S. 77) die praktisch weit bedeutsamere gesetzliche Anerkennung, dass dem Eigentümer, welcher die hypothekarisch gesicherte Forderung bezahlt, die Rechte eines Cessionars der getilgten Post zustehen sollen, sofern er nicht Löschung der Post beantragt. Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang das zu der Deklaration eingeholte Gutachten des Staatsrats, das unter ausführlicher Darlegung der oben niedergelegten wirtschaftlichen Erwägungen die unbedingte Notwendigkeit der Gesetzesänderung anerkennt. In voller Klarheit wird hier erkannt, dass die an aussichtsreicher Stelle stehende Post nach ihrer Bezahlung dem Eigentümer zur weiteren Verfügung bereitzustellen ist und dass der nachfolgende Hypothekengläubiger auf diese bessere Stelle keinen Anspruch hat[1]). Einen weiteren Fortschritt bedeutet das Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872. Die in den §§ 63, 65, 66 wiederholten früheren Bestimmungen wurden hier auf alle Fälle erweitert, in denen der Eigentümer eine Hypothek oder Grundschuld irgendwie tilgt („bezahlt oder auf andere Weise tilgt" § 63). In allen diesen Fällen soll der bisherige Gläubiger nach Wahl des Eigentümers verpflichtet sein, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten. § 64 gibt ferner dem Eigentümer das Recht, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen, während in § 27 ihm sogar die Befugnis zuerkannt wird, von vornherein eine Grundschuld auf seinen

[1]) Vgl. das Gutachten in Kamptz Jahrbüch. Bd. 50 S. 177 ff., bes. S 206: „Es würde den Grundbesitzern zu sehr die Gelegenheit erschwert werden, wenn sie über die gezahlte Hypothekenpost nicht anderweitig sollten verfügen können, gegenseitig aber nur den späteren Hypothekengläubigern ein Vorteil erwachsen würde, worauf sie weder Anspruch haben noch auf welchen sie hätten rechnen können."

Namen eintragen zu lassen, die er bei der Verteilung des Kaufgeldes in der Zwangsversteigerung für sich geltend machen kann.

V. In dieser Weise waren also die römisch-rechtlichen Pfandrechtsgrundsätze zerrissen und durchlöchert, als das grosse Gesetzeswerk des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich auch an die Regelung dieses Wirtschaftsgebiets machte. Dass das neue Gesetzbuch die mühsamen Errungenschaften der Praxis nicht wieder vernichtet hat, versteht sich von selbst. Die Wiederholung der wichtigen Bestimmungen der alten Gesetzesnormen war das Mindeste, was vom Gesetzgeber zu erwarten war. In der Tat, die Vorschriften der §§ 889, 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 sorgen dafür, dass im Falle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum und im Falle der Tilgung der Forderung das Vorrücken der nachstehenden Gläubiger verhindert wird.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist jedoch in klarer Erkenntnis der allgemeinen wirtschaftlichen Funktion der Hypothek weit über diese singuläre Regelung hinausgegangen. Es hat den Wirtschaftsbedürfnissen in umfassender und allgemeiner Weise Rechnung getragen.

Wie die Gesetzesmaterialien beweisen, hat der Gesetzgeber gerade die oben auseinandergesetzten dringenden Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens in ihrer vollen Bedeutung klar erkannt. Er hat sich mit feinem praktischem Blick das wirtschaftliche Material vor Augen geführt, das der Verarbeitung in der allgemeinen Form der Gesetzgebung harrte. In diesem Zusammenhang seien folgende Aeusserungen als besonders bedeutungsvoll hervorgehoben:

Motive z. Entw. Bd. 3 S. 203: „Fällt eine Hypothek weg, so gewinnt der Inhaber einer nachfolgenden Post dadurch eine Verbesserung seiner Stellung, auf welche er vermöge seines dinglichen Rechts nicht rechnen durfte. Wird dieser Erfolg schon mit dem Zusammentreffen der Hypothek und des Eigentums in derselben Person ver-

bunden, so ist es einfach das dem Hypothekenrecht nicht unterworfene Vermögen des Eigentümers, aus welchen jener Vorteil dem nachstehenden Gläubiger zugewendet wird. Darin liegt aber eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Eigentümers, wenn dieser dem Nachhypothekar nur mit dem Grundstücke haftet, und jedenfalls der persönlichen Gläubiger des Eigentümers, da auf das übrige Vermögen desselben die Hypothek ein Vorzugsrecht nicht begründet." Vgl. auch Motive Bd. 3. S. 598 ff, 725 ff.

Denkschrift zum Entw. eines B.G.B. S. 214:

„Würde die nachstehende Hypothek in die freigewordene bessere Rangstellung aufrücken, so wäre dies für den betreffenden Gläubiger ein bei der Begründung seiner Hypothek nicht in Rechnung gezogener Vorteil. Den Eigentümer andererseits träfe durch das Vorrücken der Nachhypotheken eine ungerechtfertigte Schädigung."

Protokolle der Komm. für die zweite Lesung des Entw. Bd. 3 S. 600/601: „Behält man die tatsächlichen Verhältnisse im Auge, so muss es als eine unrichtige Regelung erscheinen, wenn das Gesetz vorschreibt, dass bei Wegfall einer Hypothek die nachstehenden Hypotheken ohne weiteres aufrücken; es würden in solchen Fällen die nachstehenden Hypothekengläubiger einen unverdienten, beim Abschlusse des Geschäfts nicht mit in Betracht gezogenen Vorteil haben."

Diese Erwägungen sind denn auch Grundlage und Inhalt der gesetzlichen Normierung geworden. Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber, dadurch dass er für die Grundkreditrechte die Bezeichnung „Pfandrecht" geflissentlich vermeidet, vielmehr die „Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld" und das „Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten" in getrennten Abschnitten regelt, ersichtlich gemacht hat, dass die allgemeinen Pfandrechtsgrundsätze nicht schlechthin auf die Grundkreditrechte zu übertragen sind. Andererseits hat es freilich der Gesetzgeber abgelehnt, den Begriff der Hypothek, Grund- und Rentenschuld durch theoretische Erklärung

und Festlegung bestimmter abstrakter Grundsätze zu normieren. Er hat nicht etwa der von ihm anerkannten Notwendigkeit, dem Eigentümer den Rang einer freiwerdenden Post zu sichern und das Aufrücken der nachstehenden Gläubiger zu verhindern, durch formelle Aufhebung des Prinzips des Vorrückens und Festsetzung des formell-rechtlichen Grundsatzes des festen Ranges der Hypotheken Rechnung getragen. In richtiger Erkenntnis, dass die Frage, wie die wirtschaftliche Auffassung vom festen Rang des Hypothekenrechts theoretisch zu erklären sei, als schwieriges Problem der Wissenschaft nicht vom Gesetzgeber gelöst werden kann, hat er sich einer Parteinahme in dem Streit der Wissenschaft enthalten[1]) und sich frei von einer vielleicht schnell überholten theoretischen Begriffsgrundlage, an die rein praktische Regelung des gesamten Rechtsgebiets gemacht. Um das in den Materialien zum B.G.B. anerkannte wirtschaftliche Bedürfnis der Festlegung des Ranges zugunsten des Eigentümers gesetzlich zu sichern, hat der Gesetzgeber sich eines rein praktischen und deshalb um so zweckmässigeren Behelfs bedient[2]). Ohne formell an dem geltenden Prinzip des Aufrückens der Grundstücksrechte beim Fortfall eines früheren Rechts zu rütteln, hat er auf einem Umwege dafür gesorgt, dass in allen Fällen, in denen ein solches Aufrücken den wirtschaftlichen Bedürfnissen widersprechen würde, das Aufrücken unterbleibt. Für diese Fälle wird an die Stelle des untergegangenen fremden Rechts in der Form eines dem Eigentümer zustehenden selbständigen Rechts ein Keil zwischen die einzelnen fremden Belastungen getrieben, durch welchen die leere, sonst den nachfolgenden Gläubigern zufallende Stelle ausgefüllt wird. Auf diese Weise ist das formell aufrecht erhaltene Prinzip des Aufrückens praktisch völlig unschädlich gemacht. Das neue

[1]) Vgl. Motive Bd. 3 S. 204, Protokolle Bd. 3 S. 600.

[2]) Ueber die praktischen Vorzüge der Eigentümerhypothek gegenüber dem Prinzip der Offenhaltung der Stelle vgl. Motive Bd. 3 S. 204, ferner Staudinger, Sachenr. Anm. I, 3 zu § 1163.

Gebilde, das diese praktische Aufgabe zu erfüllen hat, ist die Eigentümerhypothek. Sie verdankt lediglich den oben dargelegten, mit ihrer Schaffung anerkannten wirtschaftlichen Bedürfnissen ihre Entstehung [1]). Ein selbständiges, vom Grundstückseigentum verschiedenes Recht des Eigentümers, entsteht sie stets dort, wo aus irgend einem Grunde der fremde Gläubiger sein Recht verliert. Im Falle der Tilgung der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.), beim Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168 B.G.B.), im Falle des Aufgebots der Post (§§ 1170, 1171 B.G.B.), ferner in den Fällen der §§ 1172 ff., 1177 B.G.B., §§ 868, 932 Z.P.O., in allen diesen Vorschriften wird dem wirtschaftlichen Gedanken Rechnung getragen, dass in der frei werdenden Verwertungsbefugnis ein besonderes, dem Eigentümer zu erhaltendes Vermögensgut vorhanden ist, auf das andere dingliche Gläubiger keinen Anspruch haben. Ja der Gesetzgeber geht sogar so weit, selbst wenn der Gläubiger die bestellte Hypothek nicht oder noch nicht erworben hat, — sei es, dass die zu sichernde Forderung nicht entstanden ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.), sei es, dass die Uebergabe des Hypothekenbriefs unterblieben ist (§ 1163 Abs. 2.), — an die Stelle der eingetragenen fremden Post eine Eigentümerhypothek zu setzen, wiederum zu dem Zwecke, um den auf der Grundlage dieser Belastung etwa erfolgten Aufbau weiterer Belastungen aufrechtzuerhalten, um zu verhindern, dass der Eigentümer ein nicht weggegebenes Vermögensgut (die Hypothek an dieser Stelle) verliert und die nachstehenden Gläubiger, für die ein anderes Vermögensgut (die Hypothek an der späteren Stelle) bestimmt ist, eine unverdiente Besserung erfahren. Vgl. hierzu auch die Fälle der §§ 868, 932 Z.P.O. Durch die Schaffung der Eigentümerhypothek ist also praktisch gesichert, dass jede Hypothek,

[1]) Vgl. Staudinger Sachenr. (5./6. Aufl. 1910) Anm. I zu § 1163, Fuchs Grundbuchr Teil 1 Vorbem. 2 zu § 1163, Horn, Eigentümer-Hypothek bes. S. 60, 63, 68 ff, Brink, Bezahlung der Hypothekenforderung S. 167 ff.

obgleich sie rechtlich betrachtet das ganze Grundstück, nicht etwa nur eine losgelöste Wertparzelle belastet, doch in Wirklichkeit nur denjenigen Wertteil ergreift, der ihr nach dem Belastungszustand des Grundstücks zur Zeit der Eintragung zukommt. Es wird so auf indirektem Wege die wirtschaftliche Wertparzellentheorie eingeführt. Sie wird nicht dadurch zur Geltung gebracht, dass jedes Grundstücksrecht kraft seines rechtlichen Inhalts nur einen besonderen, unveränderlichen Wertteil erfasst, sondern wird mittelbar dadurch herbeigeführt, dass die vorstehenden Belastungen, sobald einmal ihre Eintragung im Grundbuche bewirkt ist und damit eine Grundlage für den weiteren Hypothekenaufbau geschaffen ist, immer gleichviel wem sie zustehen, den Inhalt des Grundstückseigentums um das abgesonderte Wertaneignungsrecht[1]) verkürzen. Das in der Hypothek fortgegebene Vermögensrecht bleibt stets losgelöst vom Eigentum; auch wenn die Hypothek in das Vermögen des Eigentümers zurückfällt oder überhaupt nicht aus seinem Vermögen fortgegeben ist, bleibt sie ein besonderer mobiler Vermögensgegenstand des Eigentümers. Eine Konsolidation des Grundstückseigentums tritt nicht ein, die Vollstreckung in das Grundstück erstreckt sich nicht auf dieses Recht, das im Falle der Zwangsversteigerung im Verteilungsverfahren als selbständiges, von der Beschlagnahme nicht betroffenes Vermögensrecht den Eigentümer zur Hebung des entsprechenden Teiles des Erlöses berechtigt[2]).

VI. Man wende nun gegenüber diesen Ausführungen nicht ein, dass das Bürgerliche Gesetzbuch auch einige

---

[1]) Es ist dies der von Predari (Grundbuchordnung 1907) geprägte Ausdruck.

[2]) Vgl. hierzu auch die Theorie, dass die Eintragung einer Hypothek als die Eintragung eines Rechts mit 2 Berechtigten, eines Gegenwärtigen, des Gläubigers, und eines Künftigen, des Eigentümers, zu verstehen sei. So Oberneck bei Gruchot Bd. 50 S. 577 ff., Hirsch, die vorläufige Eigentümerhypothek, im Arch. f. bürg. R. Bd. 25 S. 235, Güthe GB.O. II S. 1577 (zu „Eigentümerhypothek").

Bestimmungen habe, die gerade das umgekehrte Prinzip vertreten, dass der Fall der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek sowie der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück, ferner die besonderen Vorschriften über die Gesamthypothek dem nachstehenden Gläubiger doch zum Vorrücken verhelfen, dass also die oben dargelegte wirtschaftliche Rangbewertung doch nicht allgemeine Anerkennung gefunden habe.

Selbst wenn sich diesen Vorschriften ein Widerspruch des oben Gesagten entnehmen liesse, so wäre doch damit nicht mehr bewiesen, als dass der oben dargelegte wirtschaftliche Grundsatz in einigen wenigen Fällen eine Ausnahme gefunden habe. In der weit überwiegenden Zahl der in Betracht kommenden Fälle ist und bleibt doch das allgemeine Prinzip anerkannt, dass jeder Hypothekengläubiger Anspruch nur auf denjenigen Rang hat, der ihm von vornherein zugewiesen ist.

Es besteht aber gar kein Widerspruch zwischen den genannten besonderen Bestimmungen und dem oben dargelegten allgemeinen wirtschaftlichen Prinzip.

Was die rechtgeschäftliche Aufhebung einer Hypothek betrifft, so hat sie zwar nach dem formell bestehen gebliebenen Prinzip des Aufrückens die Verbesserung der nachstehenden Rechte zur Folge. Gemäss § 1183 B.G.B. ist die Aufhebung jedoch entgegen der sonst geltenden Bestimmung des § 875 B.G.B. von der Zustimmung des Eigentümers abhängig (vgl. auch § 27 Abs. 1 G.B.O.), der seinerseits in seinen Entschliessungen völlig frei ist. Es ist deshalb kein Grund vorhanden, dem Eigentümer, der in die Aufhebung willigt, also selbst an der Erhaltung des Hypothekenrechts als selbständigen Vermögensteils kein Interesse hat, gegen seinen Willen ein mobiles Wertaneignungsrecht an dieser Stelle vorzubehalten. Sind nachstehende Hypothekengläubiger vorhanden, so stellt sich die Aufhebung der Hypothek als eine Verfügung zu deren Gunsten dar, die, wenn hierzu eine Verpflichtung

nicht oblag, in Höhe der Verbesserung des früheren Rechts als Schenkung in Frage kommen kann.

Dass auch die §§ 1181, 1182 sich mit dem festgestellten wirtschaftlichen Prinzip nicht in Widerspruch setzen, bedarf keiner besonderen Erörterung, wenn man bedenkt, dass durch die „Befriedigung aus dem Grundstück" die in der Hypothek eingeräumte Verwertungsbefugnis ausgeübt, für das Fortbestehen einer solchen Befugnis also kein Raum mehr ist [1]).

Was ferner die Vorschriften über die Gesamthypothek betrifft, so ist deren besondere Natur zu berücksichtigen; es ist zu erwägen, dass in diesem Falle die Hypothekenforderung trotz der vielfachen Grundstückshaftung nur einmal verlangt werden kann, dass bei Auflösung der Gesamthaft (sei es auf Grund der Verteilung gemäss § 1132, 1172 B.G.B., sei es bei gesetzlichem Uebergang der Post auf den einzelnen Eigentümer oder den persönlichen Schuldner gemäss § 1173 ff.) die Summe der auf den einzelnen Grundstücken lastenden Forderungen niemals den Betrag der Hauptforderung übersteigen darf [2]). Infolge dieser Besonderheit scheidet hier an dem einzelnen Grundstück nicht endgültig ein dem vollen Betrage der Post entsprechendes Verwertungsrecht aus. Jeder nachstehende Hypothekengläubiger rechnet in diesem Falle damit, dass die belasteten Grundstücke zusammen nur einmal für die Forderung in Anspruch genommen werden können, dass möglicherweise das mit seinem Recht belastete Grundstück nur anteilweise, vielleicht auch garnicht zur Deckung der Gesamthypothek beizutragen hat. Auf Grund dieser Erwägung bewertet er auch den ihm einzuräumenden Rang höher, als wenn sein Pfandgrundstück allein für die ganze Forderung haften würde. Vollends diejenigen Gläubiger, welche an allen der Gesamthypothek unterworfenen Grundstücken berechtigt sind, können mit Sicher-

[1]) Vgl. Fuchs, Grundbuchordnung Bd. I Anm. 1 zu § 1181, 1182.

[2]) Vgl. Güthe, Grundbuchordnung (2. Aufl. 1911) Bd 2 S. 1575. (zu „Eigentümerhypothek").

heit darauf rechnen, dass die ihnen vorgehende Gesamthypothek nur einmal im ganzen zur Hebung gelangen wird. Für sie würde also in jedem Falle die Entstehung einer Eigentümersonderhypothek an jedem Grundstück in voller Höhe der Post eine ungerechtfertigte Vervielfältigung des Vorrechts und eine unbillige Benachteiligung bedeuten.

Von einer Widerlegung des oben festgelegten allgemeinen Prinzips durch diese Vorschriften kann also mit Rücksicht auf ihre besondere Grundlage nicht die Rede sein.

VII. Einer Erörterung bedarf noch der in der Wissenschaft streitige, vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Fall der Nichtigkeit der Hypothekenbestellung (infolge Fehlens der dinglichen Rechtsgrundlage, insbesondere wegen mangelnder Einigung, wegen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des dinglichen Vertrages). Auch dieser Fall kann nicht zur Widerlegung der gesetzlichen Anerkennung der wirtschaftlichen Wertparzellentheorie herangezogen werden

Es kann dahingestellt bleiben, wie dieser Fall rechtlich zu entscheiden ist. Man braucht nicht eine dem § 1163 B.G.B. entsprechende Regelung durch Entstehung einer Eigenthümerhypothek anzunehmen, wie dies Dernburg vertritt[1]), der einem Aufrücken der Nachhypothekare als einer inkonsequenten, mit der Grundidee des Hypothekenrechts unvereinbaren Ausnahme widerspricht und den sich auf die ablehnende Stellung der Protokolle[2]) Berufenden entgegenhält, dass der sich in der II. Kommission durchbrechende Gedanke der Eigentümerhypothek in den Materialien offenbar noch nicht zur vollen Reife gelangt sei und dort nur halbfertige Gestaltung erlangt habe, dass deshalb die Entstehungsgeschichte des § 1163 nicht als Stütze gelten könne[3]).

---

[1]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht, (Sachenrecht) § 221.

[2]) Vgl. Protokolle 3 S 603, 604 („Ueberspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek").

[3]) Zu demselben Ergebnis wie Dernburg gelangen z. B. auch Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I Vorbem. 5 zu § 1163, Schilde

Diese formell rechtliche Frage, ob an der Stelle der nichtig bestellten Hypothek eine Eigentümerhypothek entsteht oder ob der Gesetzgeber für diesen Fall das Aufrücken der nachstehenden Gläubiger nicht verhindert hat, kann hier, wo es sich um die rein wirtschaftliche Frage handelt, ob dem nachfolgenden Gläubiger der vordere Rang zukommt, offenbleiben. Denn selbst wenn man die entsprechende Anwendung des § 1163 für die Fälle der Nichtigkeit der Hypothekenbestellung ablehnt, muss man, wie dies auch bei Turnau-Foerster[1]) und Biermann[2]) geschieht, anerkennen, dass dem Nachhypothekar ein Anspruch auf den ihm bei nichtiger Bestellung der vorgehenden Post zufallenden vorderen Rang nicht zusteht, dass er deshalb zum mindesten obligatorisch verpflichtet ist, die ihm zugefallene Bereicherung herauszugeben, indem er weiteren vom Eigentümer zu bestellenden Hypotheken im Gesamtbetrage der unwirksamen Hypothek den Vorrang einräumt. Dies genügt schon, um festzustellen, dass dem nachstehenden Hypothekengläubiger selbst bei Nichtigkeit der vorangehenden Hypothekenbestellung nur das zukommt, worauf er nach der zur Zeit der Eintragung bestehenden Rangordnung einen Anspruch hat, dass jedes Vorrücken in eine bessere Stelle ihm einen unverdienten Vorteil bringt. In jedem Falle kann diese Ausnahme hier bei der Anfechtung der Hypothekenbestellung ausser Betracht bleiben, da hier die Wirksamkeit der erfolgten Hypothekeneintragung ausser Zweifel

---

Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 31 ff., Bruck, die Eigentümerhypothek S. 165, indem sie im Wege der Konversion (§ 140 B.G.B.) die Entstehung einer Eigentümergrundschuld gemäss § 1196 B G B. annehmen; vgl. ferner Jacoby a. a. O. S. 245 ff., ferner Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. I § 116 No. 1 sowie in Leipziger Zeitsch. 1907 S 374.

[1]) Liegenschaftsrecht (3. Aufl. 1906) § 1163 S. 913.

[2]) Sachenrecht (2. Aufl. 1903) S. 373 No. 6 zu § 1163. Vgl. auch Neumann, Handausgabe des B.G.B. (5. Aufl. 1909) Anm. II, 3 b zu § 1196, vgl. auch Fuchs a. a. O. S. 523 Vorbem. 7 zu § 1163.

steht und auch durch die Anfechtung nicht berührt wird. Vgl. hierzu die Ausführungen unten in § 9. Vgl. auch die analogen Fälle der §§ 868, 932 Z.P.O.

VIII. Zusammenfassend ist also nunmehr festzustellen, dass das oben dargelegte, der Verarbeitung des Gesetzgebers harrende wirtschaftliche Material nicht bloss „richtiges Recht" geblieben ist, sondern auch den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechend „technisch geformt" worden ist Die geltende Gesetzgebung erkennt an, dass jeder Grundkreditbelastung nur der Rang zusteht, welcher den Eintragungen im Grundbuch zur Zeit der Bestellung entspricht. Das bürgerliche Gesetzbuch setzt diese wirtschaftliche Wertparzellentheorie nicht durch Aufstellung eines entsprechenden formell-rechtlichen Prinzips der festen Stellen fest, sondern bewirkt durch das allgemein angewendete Gebilde der Eigentümerhypothek, dass das durch die Hypothekenbestellung aus dem Grundeigentum herausgehobene Verwertungsrecht dauernd vom Inhalt des Grundeigentums losgelöst bleibt und, auch wenn es dem Eigentümer verbleibt oder an ihn zurückfällt, als mobiles Vermögensobjekt der Vollstreckung der dinglichen Gläubiger entzogen bleibt, sofern nicht im Wege der Löschung eine besondere, vom freien Willen des Eigentümers abhängige Verfügung über das Recht erfolgt [1]).

[1]) Wie schon oben in § 5 betont ist, kommt es hier für die wirtschaftliche Frage der Benachteiligung einer Post durch die andere lediglich auf dieses praktische Prinzip des B.G.B. an. Die Frage der theoretisch-wissenschaftlichen Erklärung der Hypothek, insbesondere der Eigentümerhypothek, kann wie von der Gesetzgebung so auch von der Praxis [besonders hier, wo es sich um rein wirtschaftliche Fragen handelt,] unerörtert bleiben. Welche der zahlreichen in der Wissenschaft vertretenen theoretischen Konstruktionen man auch annehmen will, alle erkennen sie dieses wirtschaftliche Prinzip als vom Gesetz normiert an Ihre Verschiedenheit liegt lediglich auf dem Gebiete der begrifflichen Formulierung und der systematischen Eingliederung dieser als Tatsache hinzunehmenden gesetzlichen Regelung Insbesondere die Angriffe, gegen die von Oberneck (Reichsgrundbuchrecht II

§ 7.

I. Prüft man nunmehr die Frage, ob die dinglichen Gläubiger zur Anfechtung zuzulassen sind, ob sie durch die anfechtbare Bestellung einer ihnen vorgehenden oder gleichstehenden Hypothek benachteiligt werden, so ergibt sich die Antwort von selbst.

---

§ 114, ferner bei Gruchot 47 S. 306 ff. usw., ebenso auch Bruck Eigentümerhypothek S. 154: vertretene rechtliche Wertparzellentheorie richten sich nur gegen die zu weitgehende Durchführung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der einzelnen Hypothek, gegen die der ungeteilten Pfandhaftung widersprechende formell-rechtliche Zerlegung des Grundstückes in Wertparzellen. In der hier vertretenen wirtschaftlichen Auffassung der modernen Hypothek sind sich alle wissenschaftlichen Erörterungen über die Eigentümerhypothek einig. Es seien beispielsweise einige besonders klare Aeusserungen hervorgehoben: Gierke, Deutsch Priv. R. Bd. 2 (1905) § 158 S. 858: „Nach dem geltenden Recht verstricken alle Grundpfandrechte an sich die Sache in ihrem ganzen Werte und empfangen nur durch ihren ungleichen Rang die Anweisung auf verschiedene Wertabschnitte. Immerhin hat sich das neue Recht dem System der festen Stellen und damit der rein wertrechtlichen Struktur der Grundpfandrechte stark genähert. Das Mittel hierzu bot vor allem die Ausbildung der Eigentümergrundpfandrechte, die im B.G.B. ihren Höhepunkt erreicht hat." A. a. O. S. 923: „Der für ein Grundpfandrecht erforderliche Inhalt ist aus dem Eigentumsinhalt herausgehoben und als selbständiger Vermögensgegenstand konstituiert. Durch die Grundbucheinrichtung wird dieser rechtliche Sachzustand für jedermann ersichtlich gemacht und mit dinglicher Kraft begabt. So hat der Eigentümer einen abgesonderten Teil seines Grundvermögens in Pfandrechtsgestalt inne. Er kann über diesen Teil in der Form der Pfandrechtsübertragung verfügen, während eine Verfügung über das Grundstückseigentum sich auf diesen Teil nicht erstreckt. Ihm gebührt, wenn es zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück kommt, der durch das Pfandrecht ausgeschiedene Wertteil".

Ferner Wolff, Sachenrecht (4.5. Aufl. 1910) § 143 S. 495: „Das Gesetz hat das Prinzip der festen Stellen dem wirtschaftlichen Erfolge nach nahezu erreicht. Wer eine Hypothek zur zweiten Stelle erhalten hat, wird in der Regel nicht aufrücken, da die vorgehende Post, wenn sie dem Hypothekar nicht mehr zustehen kann, zur Eigentümergrundschuld wird". Vgl. ferner Fuchs Grundbuchrecht Teil I Vorbem. zu § 1163 S. 520: „Die Hypothek

Ganz zweifellos erscheint die Lösung für diejenigen Realgläubiger, deren Recht gemäss § 873 B.G.B. auf Grund vertraglicher Bewilligung des Eigentümers entstanden ist. Ihnen gleich stehen diejenigen, welche nach Verurteilung des Eigentümers zur Bestellung der Hypothek die Eintragung auf Grund der nach § 894 Z.P.O. mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben geltenden Willenserklärung erwirkt haben. Alle diese Gläubiger sind bereits nach dem Inhalte ihres Bestellungsvertrages an der Anfechtung gehindert; in der für sie bestellten Hypothek, deren Inhalt regelmässig insbesondere hinsichtlich des Zinssatzes und der Fälligkeit nach dem Rang der Eintragung bemessen ist, haben sie das erhalten, was ihnen nach dem Vertrage zukommen sollte. Das Recht, das sie im Wege der Anfechtung für sich erstreben, ist ein durchaus anderes als das ihnen vertraglich zugesicherte [1]).

Bereits hiernach ist also allen in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Berechtigten sowie den Grund- und Rentenschuldgläubigern — sie können ja nur auf Grund vertraglicher Einigung ihr Recht erhalten haben, — der Anfechtungsanspruch genommen. In gleicher Weise ist den Hypothekengläubigern, mit Ausnahme derjenigen, welche ihr dingliches Recht im Wege der Zwangsvollstreckung als Sicherungs- oder Arresthypothek erlangt haben, bereits auf Grund der vertraglichen Bestellung der dingliche Anfechtungsanspruch zu versagen. Die Verkehrs-

haftet rechtlich am ganzen Grundstück, nicht an einer Wertparzelle, aber sie wird faktisch durch die Anerkennung der Eigentümerhypothek auf ihre ursprüngliche Wertquote beschränkt." Ferner Fuchs a. a. O. S. 521: Die Gründe der Billigkeit und des Verkehrsbedürfnisses, welche zur Anerkennung der Eigentümerhypothek führten, verlangen ein Einrücken des Eigentümers und ein Nichtaufrücken der Nachhypothekare". Vgl. auch Predari, Grundbuchordnung S. 218, Güthe, Grundbuchordn. S. 154 ff. (zu „Eigentümerhypothek"), 1626 ff. (zu I bei „Hypothek"); ferner Staudinger, Sachenr. Anm. I zu § 1163, I. 4 zu § 1177, Dernburg, Bürgerl. Recht, (Sachenrecht) § 218

[1]) So auch Jaeger, Anf. G Anm. 12 zu § 1.

hypotheken nnd diejenigen Sicherungshypotheken, welche vom Eigentümer freiwillig bestellt sind, können nicht Grundlage einer dinglichen Anfechtungsklage sein.

II. Es bleiben noch diejenigen Gläubiger, welche ohne vertragliche Einigung, unabhängig von dem Willen des Eigentümers zur zwangsweisen Befriedigung ihres persönlichen Anspruchs die Eintragung einer Hypothek erlangt haben. (Vgl. §§ 866 f., 848, 932 Z.P.O, §§ 128, 134 Z.V.G., vgl. auch Art. 91 E.G. B.G.B. und hierzu bes. § 39 G.B.O. und § 54 Freiw. G.G.) Hier fehlt jede vertragliche Grundlage, nach welcher der Gläubiger gerade dieses Recht erhalten sollte und mit Rücksicht auf den grösseren oder geringeren Wert der Rangstelle entsprechende Vorteile oder Nachteile vereinbart worden sind. Hier könnte eingewendet werden, dass die Absicht des Vollstreckungsgläubigers stets dahin gehe, sich den zunächst offenen Rang zu .sichern, und dass er deshalb durch die anfechtbare Handlung benachteiligt sei, indem er ohne die Bestellung ein besseres Recht erhalten hätte. Dieser Einwand ist jedoch nicht begründet. Es ist, wie schon oben (§ 1, III) betont ist, zwischen der persönlichen Forderung des Vollstreckungsgläubigers und der von ihm tatsächlich erlangten dinglichen Rechtsstellung zu scheiden. Das dingliche Recht, das der Gläubiger durch die Vollstreckung erhalten hat und das er seiner dinglichen Anfechtungsklage zugrunde legen will, ist dem sachlichen Inhalt nach genau das gleiche wie bei jeder anderen Hypothek, wie bei jeder Grund- und Rentenschuld. Der einzige Unterschied zwischen diesen Belastungen besteht in der Art ihrer Entstehung und in der grösseren oder geringeren Abhängigkeit von der persönlichen Forderung. Ihr sachlicher Inhalt ist stets die Verwertungsbefugnis an einer bestimmten Stelle. Es kann ja jederzeit ohne Veränderung der dinglichen Rechtslage eine Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek (§ 1186 B.G B.), jede Hypothek in eine Grundschuld (§ 1198 B.G.B.) und umgekehrt umgewandelt werden; hierdurch wird lediglich

die Voraussetzung der Geltendmachung dieser Rechte geändert, die Machtsphäre des einmal erhaltenen dinglichen Rechts bleibt immer dieselbe. Betrachtet man also das tatsächlich erlangte dingliche Recht des Zwangshypothekars, so kann dieses ebensowenig wie jedes andere Grundkreditrecht Grundlage der Anfechtungsklage sein. Auch hier ist das, was der Gläubiger erlangt hat, ein selbständiges Wertrecht, das von vornherein einen durch seinen Rang bestimmten, fest umgrenzten wirtschaftlichen Charakter hat; dieser bestimmte Charakter ist dem erhaltenen Recht ebenso fest aufgeprägt, wie es bei freiwilliger Bestellung seitens des Schuldners der Fall ist; der Zwangsvollstreckungsgläubiger ist nicht besser zu stellen, als wenn der Schuldner ihm freiwillig das dingliche Recht eingeräumt hätte. Eine Verbesserung seiner dinglichen Rechtsstellung durch die Anfechtung der ausserhalb seiner dinglichen Machtsphäre befindlichen Vorhypothek ist .auch hier nicht gerechtfertigt.

III. Der Zwangshypothekar hat eben, falls er die anfechtbare Hypothek seiner Befriedigungsmöglichkeit unterwerfen wollte, einen falschen Weg gewählt. Die Eintragung der Sicherungshypothek konnte ihn zu seinem Ziele nicht führen Man muss sich vergegenwärtigen, dass — es ist dies bereits oben angedeutet — durch das neue Gebilde der Eigentümerhypothek jeder Hypothekenbestellung eine doppelte Wirkung verschafft wird. Auf der einen Seite wird ein Wertaneignungsrecht ausgeschieden, es findet eine Mobilisierung dieser bisher zum Eigentumsinhalt gehörenden Befugnis statt, das Eigentumsrecht wird in Ansehung dieser Verwertungsbefugnis in einen anderen — mobilen — Aggregatzustand umgesetzt. An die Stelle des Eigentums, das im Wege der Vollstreckung in das Grundstück, also insbesondere durch Eintragung einer Sicherungshypothek ergriffen werden kann, wird in Höhe einer bestimmten Summe unter entsprechender Verkürzung des Eigentumsrechts ein anderes Vermögensobjekt, ein

Grundkreditrecht, gesetzt[1]). Dieser Akt der Mobilisierung eines Teiles des Eigentumsinhalts zeigt sich am klarsten bei der Bestellung einer Eigentümergrundschuld gemäss § 1196 B.G.B., die, nicht mehr zum Eigentumsinhalt gehörig, von der Vollstreckung in das Grundstück nicht betroffen wird, vielmehr lediglich von den persönlichen Gläubigern im Wege besonderer Grundschuldpfändung in Anspruch genommen werden kann. Die Machtsphäre der aus dem Grundstück Befriedigung Suchenden ist dieses Recht entrückt. Das gleiche gilt auch von jeder Hypothek, sobald sie einmal wirksam bestellt ist. Die Mobilisierung der Verwertungsbefugnis erfolgt dann zum Zwecke der gleichzeitigen Fortgabe der verselbständigten Befugnis an eine dritte Person. Die einmal bewirkte Mobilisierung bleibt jedoch auch hier dauernd bestehen, auch wenn die Fortgabe selbst nicht zustande kommt oder nachträglich wieder aufgehoben wird (es sei denn, dass eine besondere Verfügung des Eigentümers über das selbständige Verwertungsrecht im Wege der Löschung erfolgt). Dies ist ja gerade die Verkehrsbedeutung der Eigentümerhypothek, dass durch sie, damit das Aufrücken der Nachhypotheken verhindert wird, diese beiden der Hypothekenbestellung innewohnenden Funktionen der Verselbständigung der Verwertungsbefugnis und der Veräusserung des Rechts an Dritte gesondert werden, dass die Rückgabe des weggegebenen Verwertungsrechts bezw. das Unterbleiben der Weggabe die einmal erfolgte Mobilisierung nicht rückgängig macht. Besonders klar tritt diese doppelte Funktion der Hypothekenbestellung in den Fällen der §§ 1163 Abs. 2, 1163 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. hervor, wo die Fortgabe des Befriedigungsrechts erst mit der Uebergabe des Briefes oder mit der Entstehung der Forderung bewirkt wird, während bereits vorher mit der Eintragung die Mobilisierung der einstweilen noch dem Eigentümer verbleibenden Verwertungsbefugnis erfolgt ist.

[1]) Vgl. hierzu Gierke, Dt. Priv. R. Bd. II S 923 § 158 (siehe oben S. 71 Anm.)

Mit dieser Veränderung des Aggregatzustandes des weggegebenen Rechts, die ja als solche auch keine Vermögensverschiebung und damit auch keine Benachteiligung der Gläubiger enthält[1]), muss der persönliche Gläubiger rechnen, wenn er das anfechtbar weggegebene Vermögensgut seiner Vollstreckung unterwerfen will. Die Vollstreckung in das Grundstück kann ihn ebensowenig wie den dinglichen Gläubiger zum Ziele führen, da sie nur dasjenige ergreift, was noch Inhalt des Grundeigentums ist, was nach Abzug der aus dem Grundstückeigentum bereits herausgehobenen Verwertungsbefugnisse übrig bleibt, und da sie die selbständigen Wertaneignungsrechte nicht trifft. Das als mobiler Gegenstand fortgegebene Gut kann er nur ausserhalb der Grundstücksvollstreckung in der für diesen Gegenstand vorgeschriebenen Form pfänden. (Vgl. hierzu unten § 12.)

[1]) Anders Entsch. des K.G. vom 21. Febr. 1902 in Rechtsprechung d. O.L.G. Bd. IV S. 180.

II. Teil.

§ 8.

Dass alle dinglichen Rechte, gleichgültig ob sie auf vertraglicher Grundlage oder im Wege der Zwangsvollstreckung zustande gekommen sind, als Grundlage einer Anfechtung abzulehnen sind, ergibt sich auch zweifelsfrei, wenn man — in Erweiterung der Ausführung des § 7, III — vom Standpunkt des anfechtbar weggegebenen Rechts klarstellt, welche Mittel und Wege gegeben sind, um das in der Hypothek fortgegebene Vermögensgut im Wege der Anfechtung der Befriedigung des Anfechtungsgläubigers bereitzustellen. Es wird sich dann herausstellen, dass die Anfechtung der Hypothekenbestellung für den dinglichen Gläubiger ein völlig wertloser Rechtsbehelf ist, der seine Befriedigungsmöglichkeit nicht erweitern kann, und dass auch deshalb dem dinglichen Gläubiger die Anfechtungsklage mangels Interesses an ihr zu versagen ist. Die folgenden Ausführungen über die Art und Weise der Durchführung der Anfechtung werden zugleich klarstellen, in welcher Weise der persönliche Gläubiger das in der Hypothek entzogene Vermögensgut seiner Vollstreckung unterwerfen kann.

§ 9.

I. Es ist davon auszugehen, dass die Anfechtung nach der herrschenden Ansicht nicht wie die gleichnamige Rechtshandlung des § 142 B.G.B. Nichtigkeit von Anfang

an, die dingliche Aufhebung des angefochtenen Rechtsgeschäfts in allen seinen Bestandteilen bewirkt[1]), sondern dass sie lediglich den Anspruch verschafft, „dass das aus dem Vermögen des Schuldners Weggegebene als noch zu demselben gehörig vom Empfänger zurückgewährt werde." (Vgl. Anf.G. § 7, ferner K.O. § 37: „Zurückgewährung zur Konkursmasse.") Grund und Inhalt des Anfechtungsanspruchs sind lediglich die schädlichen wirtschaftlichen Folgen des Erwerbsaktes, nur sie sind zum Zwecke der Befriedigung des Anfechtungsgläubigers rückgängig zu machen, während das Rechtsgeschäft des Schuldners mit dem Dritten in seinen Bestandteilen unberührt bleibt.

Diese Grundlinien des Anfechtungsanspruchs legt das Reichsgericht insbesondere in seiner Entscheidung vom 28. Juni 1904 (Leipziger Zeitsch. 1907 S. 838 f.) fest: „Die Ausübung des Anfechtungsrechts lässt nicht nur den Bestand des zwischen dem Schuldner des Anfechtungsberechtigten (bezw. dem Gemeinschuldner) und dem Anfechtungsgegner abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäfts völlig unberührt, sondern vernichtet auch ebensowenig die Existenz des zwischen jenen vollzogenen dinglichen Rechtsgeschäfts. Das Recht der Gläubigeranfechtung erschöpft sich vielmehr in dem gegen den Anfechtungsgegner zu richtenden Verlangen, dass dieser die dem Anfechtungsberechtigten nachteiligen Vermögensverschiebungen zugunsten des Anfechtungsberechtigten wieder beseitige[2])."

---

[1]) So die besonders von Hellwig vertretene Dinglichkeitstheorie; vgl z. B Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 81, 260, Verträge auf Leistung an Dritte § 58. Vgl. auch die übrige bei Jaeger Anm. 10 zu § 29 K.O. angegebene Literatur.

[2]) Vgl hierzu besonders Jaeger, K.O. § 29 Anm. 11: „Diese Rückforderung (der Anspruch auf Beseitigung des die Gläubiger benachteiligenden Erfolges) bildet . . . den Inhalt des aus der Zugriffsverkürzung selber, nicht erst aus einer besonderen privaten oder richterlichen Umstossungserklärung erwachsenden Anfechtungsrechts. Die Gläubigeranfechtung hat keineswegs die Kraft, rechtgeschäftliche oder prozessuale Vorgänge „rechtlich"

Nur von diesem Gesichtspunkte der Rückgewähr des weggegebenen Gegenstandes ohne rechtliche Vernichtung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist also hier die Wirkung der Anfechtung der Hypothekenbestellung zu betrachten; auf dieser Grundlage ist zu prüfen, ob und für wen die Anfechtungsklage und die dadurch etwa erzielte Rückgewähr der geeignete Weg zur Erweiterung der Befriedigungsmöglichkeit ist.

II. Die Art der auf Grund des Anfechtungsanspruchs zu bewirkenden „Rückgewähr" ist bei der Konkursanfechtung und bei der Einzelanfechtung verschieden. Bei der Konkursanfechtung findet eine positive Rückleistung des anfechtbar Weggegebenen zur Konkursmasse statt. Dem Zweck dieser Anfechtung, durch die das Gesamtinteresse aller Gläubiger wahrgenommen werden soll, wird nur dann entsprochen, wenn das gesamte aufgegebene Vermögensgut unbeschränkt durch positive Leistungen der Konkursmasse zugeführt wird, sodass die Befriedigungsmöglichkeit der Konkursgläubiger durch die Vermehrung der Masse verbessert wird [1]).

---

ungeschehen zu machen. Sie erschöpft sich im Erwirken der Ausgleichung des Benachteiligungserfolges Insofern ist die Gläubigeranfechtung nur eine mittelbare, nicht eine unmittelbare Anfechtung." Vgl. hierzu die sonstigen Ausführungen bei Jaeger K.O. § 29, Anf. Ges. § 1 Anm. 14 ff. und die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung. Vgl. ferner bes. Menzel, das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (Wien 1886), bes. S. 14: „Es ist im Auge zu behalten, dass es sich um die Behebung von Wirkungen juristischer Tatsachen auf indirektem Wege durch Entstehung eines restitutorischen Forderungsrechts handelt." Vgl. ferner bes. Falkmann, Die Zwangsvollstreckung (2. Aufl. 1908) § 45 S. 555, 561, Riehl, bei Gruch. 53, S. 178. Vgl. auch Golinski, die Wirkung der Gläubigeranfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses (Diss. 1909) S. 25 ff.

[1]) Vgl. Jaeger, K.O. Anm. 9 zu § 29, Anm. 14 zu § 37: „Im Konkurse findet eine unmittelbare Gläubigerbefriedigung nicht statt. Der Konkursverwalter hat eine Vielheit von Gläubigern aus einer von ihm zu sammelnden und zu verwertenden Masse zu

Wird in dieser Art die Rückgabe des anfechtbaren Erwerbes, der Hypothek, in das Vermögen des Schuldners verlangt, so sind die oben dargelegten allgemeinen Bestimmungen der §§ 889, 1163, 1168, 1177 B.G.B. usw. über die Vereinigung von Hypothek und Eigentum (Vgl. auch bes. §§ 868, 932 Z.P.O.) zur Anwendung zu bringen. Das Hypothekenrecht fällt als selbständige, vom Grundstückseigentum losgelöste Eigentümerpost in das Vermögen des Schuldners zurück und bildet dort ein besonderes Vermögensobjekt. Der Bestellungsakt als solcher wird weder auf Grund der allgemeinen Wirkung der Anfechtung noch auf Grund der besonderen Art der Rückgewähr aufgehoben. Die mit der wirksam bleibenden Hypothekeneintragung vollzogene Mobilisierung der entsprechenden Verwertungsbefugnis bleibt als Grundlage für den weiteren Hypothekenaufbau bestehen und hält die nachfolgenden Posten von dem auf die angefochtene Post entfallenden Erlös fern. Die — auf die Anfechtungsparteien zu beschränkende — Wirkung der Anfechtung ist also die, dass nur das mobile Vermögen durch die in die Konkursmasse fallende Eigentümergrundschuld vergrössert wird. Der Inhalt des Grundstückseigentums, die Befriedigungsmöglichkeit der dinglichen Gläubiger, wird nicht erweitert, die Zurückgewährung der anfechtbaren Post bewirkt nicht eine Befreiung des Grundstücks von diesem Befriedigungsrechte, die dinglichen Gläubiger rücken nicht auf. Die Rückgabe des mit der Hypothek anfechtbar Weggegebenen hat lediglich eine Verbesserung der Befriedigungsmöglichkeit der persönlichen, also der Konkursgläubiger zur Folge, die unbekümmert um nacheingetragene Rechte die Hypothek bezw. im Versteigerungsverfahren ihren Erlös an der durch die Eintragung bestimmten Stelle für sich in Anspruch nehmen können.

---

befriedigen. Dementsprechend bedarf es einer Rückgewähr an diese der Verfügung des Verwalters unterliegenden Masse."

Vgl. auch Motive zur K O. S. 147 zu §§ 30 bis 32, Motive zum Anf. Ges. S. 21 zu § 6.

Es ist deshalb Jaeger[1]) beizustimmen, dass die Rückgewähr bei der Konkursanfechtung zweckmässig dahin zu erfolgen hat, dass der Anfechtungsgegner der Konkursmasse gegenüber auf die Hypothek verzichtet. Auf diese Verzichterklärung hat der Konkursverwalter seinen Klageantrag zu richten[2]). Mit der Rechtskraft des diesen Verzicht aussprechenden Urteils fällt dann die Hypothek gemäss § 1168 B.G.B. als Eigentümergrundschuld in das Schuldnervermögen zurück und dient gemäss § 37 K.O. in der Konkursmasse der Befriedigung der Konkursgläubiger[3]).

---

[1]) Vgl. Anm. 27 zu § 29. K.O.

[2]) Die Bedenken Linsmayers (Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger (1900) S. 102 ff) erscheinen nicht stichhaltig. Da der Verzicht gegenüber der Konkursmasse erfolgt, kann von der Entstehung einer konkursfreien Eigentümergrundschuld nicht die Rede sein. Dem Grundbuchamt gegenüber wird der Nachweis, dass es sich um ein zur Konkursmasse gehöriges Gut handelt, durch das rechtskräftige Anfechtungsurteil erbracht, das überhaupt gemäss § 894 Z.P.O. dem Konkursverwalter als Grundlage zur Herbeiführung der grundbuchrechtlichen Eintragung des Verzichts dienen wird. Dass der Gemeinschuldner über diese Eigentümergrundschuld einem gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam verfügt, ist eine Folge der §§ 7 K.O., 892 B.G.B., die in gleicher Weise für alle anderen Grundstücksrechte in Frage kommen. Wie in allen anderen Fällen wird sich auch hier der Konkursverwalter durch eine Eintragung gemäss § 113 Abs. 1 Ziff. 2 K.O. schützen müssen

[3]) Es erscheint deshalb für das geltende Recht nicht zutreffend, wenn das Reichsgericht in der Entsch. vom 19. Jan. 1893 (Bd. 30 S. 90 ff, bes. S. 92) ausspricht, der Zurückgewährungspflicht sei durch Beseitigung der Hypothek rein und vollkommen genügt. Die Rückgewähr erfolgt lediglich durch die dargelegte Rückgabe der Post in Gestalt der Eigentümergrundschuld. Will der Konkursverwalter die Belastung beseitigen, um z. B. das Grundstück schuldenfrei weiter zu verkaufen, so ist er daran nicht gehindert. Diese Beseitigung der Post erfolgt jedoch erst durch eine besondere Bewilligung der Löschung seitens des Konkursverwalters, eine selbständige, von der Anfechtungsklage völlig unabhängige Rechtshandlung des Verwalters, der sich, falls etwa nach-eingetragene Hypothekengläubiger vorhanden sind, regresspflichtig macht. Vgl. hierzu Jaeger Anm. 27 zu § 29 K.O.

Etwas besonderes gilt für den Fall, dass die anzufechtende Hypothek in der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag erloschen ist; dann erfolgt bei der Konkursanfechtung die positive Rückgewähr durch die Einwilligung, dass der auf die angefochtene Post entfallende Teil des Erlöses an die Konkursmasse ausgezahlt wird. Der Konkursverwalter hat dann auf die Abgabe dieser Willenserklärung seine Klage zu richten.

Hat der Anfechtungsgegner den auf die angefochtene oder anzufechtende Post entfallenden Erlös bereits erhalten, so hat er ihn gemäss § 37 K.O. zur Konkursmasse zurückzuzahlen.

III. Für die Einzelanfechtung, deren Zweck auf das Sonderinteresse des anfechtenden Gläubigers beschränkt und deren Wirkung demgemäss begrenzt ist[1]), — der etwaige dingliche Anfechtungskläger kann wegen seiner besonderen Rechtsgrundlage überhaupt nur als Kläger ausserhalb des Konkurses in Frage kommen, — gilt eine andere Art der Rückgewähr.

Es sei vorab bemerkt, dass selbst wenn man als den Inhalt des § 7 Anf. Ges. positive Rückleistung in das Vermögen des Schuldners annimmt, eine solche Rückgewähr, wie aus den Ausführungen zu II hervorgeht, lediglich das mobile Vermögen vergrössert, den dinglichen Gläubiger aber nicht zum Ziele führen kann.

Nun erfolgt überdies auf Grund des § 7 gar keine Rückgewähr in das Vermögen des Schuldners. Dem Zweck der Einzelanfechtung, die Vollstreckungsmöglichkeit des einzelnen Anfechtungsgläubigers auf das anfechtbar entzogene Vermögensstück zu erweitern, wird hier bereits dadurch genügt, dass der Anfechtungsgegner das

---

[1]) Vgl § 7 Anf. Ges.: „Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde."

ihm anfechtbar zugewendete Vermögensstück dem Anfechtungsgläubiger zum Zwecke der Vollstreckung zur Verfügung stellt, gleichsam, als ob es noch im Vermögen des Schuldners wäre. Das anfechtbar Erlangte bleibt im Vermögen des Anfechtungsgegners, dieser hat es lediglich dem Anfechtungsgläubiger zur Zwangsvollstreckung bereit zu stellen. Er hat die Vollstreckung in das bei ihm befindliche und das bei ihm verbleibende Vermögensstück zu dulden, ohne gemäss §§ 808 Abs. 1, 809 Z.P.O. oder § 771 Z.P.O. Widerspruch zu erheben. Besonders treffend erscheint das von Schneider[1]) gewählte Bild: „Der Schlagbaum, der den Weg zu dem Veräusserten und ins Vermögen des Anfechtungsgegners Uebertragenen verschliesst, wird gehoben, um die Vollstreckung des Anfechtungsberechtigten durchschreiten zu lassen[2])".

Diese Bedeutung der Vorschrift des § 7 ist auch vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen immer klarer und bestimmter anerkannt worden, z. B. in der Entscheidung vom 28. Februar 1902 (Jur. Woch. 1902 S. 221 Ziff 30): „Die Anfechtung verfolgt lediglich den Zweck, für den Gläubiger das rechtliche Hindernis zu beseitigen, welches der von ihm zu betreibenden Zwangsvollstreckung in das durch die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners, aus dessen Vermögen ausgeschiedene Vermögensstück eben dadurch erwächst, dass dieses

[1]) Leipz. Zeitsch. 1907 S. 630.

[2]) Ebenso Motive zum Anfechtungsges. S. 21 zu § 6 des Entw.: „In derselben Weise, wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners geblieben wäre, gegen diesen sich aus derselben würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso hat der Empfänger die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers über sich ergehen zu lassen. Stellt er die Sache dem Gläubiger in der Weise zur Verfügung, dass die Zwangsvollstreckung in dieselbe erfolgen kann, so ist damit seine Verbindlichkeit erfüllt". Vgl. auch Falkmann a. a. O. § 45 S 561., Willenbücher (die Konkursordnung nebst Anf. Ges., 3. Aufl., 1909) Anm. 1 zu § 7 Anf. Ges. Jaeger, Anf. Ges., Anm. 14 zu § 9, Anm. 2 ff zu § 7 und die dort angegebene Literatur.

Vermögensstück rechtlich nicht mehr zum Vermögen des Schuldners, sondern einer andern Person gehört und dadurch dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist. Die Rückgewähr des Empfangenen, welche nach § 7 Anf. Gesetz zu bewirken ist, erschöpft oder erledigt sich daher in der Regel oder doch jedenfalls sehr oft mit dem Ausspruch des Richters, dass der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung wegen der dem Anfechtenden zustehenden Forderung in das durch die angefochtene Rechthandlung aus dem Vermögen des Schuldners weggegebene Vermögensstück zu dulden hat.“ Vgl. auch Entscheidung vom 1. Dezember 1903 (Bd. 56 S. 194 ff): „Hiernach sind, sofern nicht in Ausnahmefällen infolge besonderer Umstände der Anfechtungszweck auf andere Weise nicht verwirklicht werden kann, die veräusserten Sachen nicht dem Schuldner zurückzugewähren, nicht in dessen Vermögen zurückzuübertragen, sondern der Anfechtungsbeklagte hat nur eine Sachlage herzustellen, vermöge deren die veräusserte Sache zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger so, als gehörte sie noch zum Vermögen des Schuldners, wirksam behandelt werden kann. Demgemäss sind die Sachen zur Zwangsvollstreckung bereitzustellen. “Vgl. ferner Reichsgericht vom 20. April 1883 (Bd. 9 S. 66 ff, bes. S. 72): „Der Anfechtungsbeklagte kann seiner Rückgewährungspflicht damit genügen, dass er dem Kläger die Zwangsvollstreckung in die in seinen Besitz verbleibende Sache verstattet“. Vgl. ausserdem die Entscheidungen des Reichsgerichts vom 7. Oktober 1889 (Bd. 24 S. 95), 2. Juni 1897 (Jur. Wochensch. 1897 S. 368 Ziff. 6), vom 20. Oktober 1899 (Bd. 44 S. 93). Vom 29. Januar 1901 (die oben in § 1 erwähnte, hier besonders interessierende Entscheidung in Bd. 47 S. 221), vom 28. Februar 1902 (Jur. Wochensch. 1902 S. 221 Ziff. 30), vom 10. Februar 1903 (Jur. Wochen. 1903 S. 159 Ziff. 24), vom 6. November 1903 (Bd. 56 S. 142), vom 9. Mai 1905 (Bd. 60 S. 423 ff) und vom 29. Oktober 1907 (Bd. 67 S. 22).

Es sei auch besonders auf die Rechtsprechung zu der Frage, ob der Anfechtungsanspruch durch Vormerkung gesichert werden kann, verwiesen. Eben dieser Umstand, dass der Anfechtungsanspruch lediglich auf Duldung der Zwangsvollstreckung, nicht auf positive Leistung gerichtet ist, lässt seine Sicherung durch Vormerkung nicht zu, indem ein Anspruch im Sinne des § 883 B.G.B. nicht in Frage steht[1]).

Legt man diese durch die Rechtsprechung anerkannte Wirkung der Einzelanfechtung hier zugrunde, so ergibt sich, dass das anfechtbar weggegebene Vermögensgut, die Hypothek, in dem Vermögen des Hypothekengläubigers aufzusuchen und dort für die Befriedigung des Anfechtungsgläubigers bereitzustellen ist. Von einer Konsolidation des Grundeigentums und einer Besserung der Rechtsstellung der dinglichen Gläubiger durch Aufrücken kann also hier noch weniger als oben zu II die Rede sein. Das in der Hypothek entzogene Vermögensgut ist und bleibt selbständiges Wertaneignungsrecht. In dieser Form des selbständigen vom Grundstück losgelösten Realrechts ist es der Zwangsvollstreckung des Anfechtungsgläubigers bereitzustellen, in dieser Form der Grundkreditbelastung hat das weggegebene Vermögensgut auch gerade für den Anfechtungsgläubiger Wert, der das in der Hypothek enthaltene Wertaneignungsrecht auch nur durch eine für ihn freiwillig oder zwangsweise bestellte Hypothek hätte verwerten können.

IV. Entgegen der sonst angenommenen, mit den obigen Darlegungen übereinstimmenden Wirkung der Anfechtung wird von den meisten Schriftstellern[2]) der Anfechtung

---

[1]) Vgl. Entsch. d R.G. vom 9 Mai 1905 (Bd. 60 S. 423 ff), vom 5. Dezember 1907 (Bd 67 S. 39); vgl. auch Beschluss des Kammerger v. 29 Januar 1905 im Jahrb. (Johow) Bd 29 S A 167 No. 45. Anders Linsmayer: Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger, S. 105.

[2]) Vgl. bes. Jaeger, Anf Ges. Anm 28 ff. zu § 1, 11 zu § 9; Wilmowsky, Dt Reichskonkursord. nebst Anf Ges (6. Aufl. 1906) S. 691 Anm. 5 zu § 9 Anf Ges., Willenbücher, K. O. nebst Anf. G. (3. Aufl. 1909) S. 372 Anm. 6 zu § 7 Anf. Ges.; Falkmann, a. a. O. § 45.

einer Hypothekenbestellung eine andere Wirkung beigelegt nämlich die völlige Aufhebung der Belastung, bei Berücksichtigung der relativen Wirkung: die Pflicht des Anfechtungsgegners gegenüber dem Anfechtungsgläubiger, von seinem Recht keinen Gebrauch zu machen. Darüber, dass ein auf solche Wirkung gerichteter Klageantrag nichts anderes als die Feststellung der Unwirksamkeit erstrebt, also der Vorschrift des § 9 Anf. Ges. widerspricht, sowie darüber, zu welchen unhaltbaren Folgen eine solche Gestaltung der Anfechtung führen muss, soll unten besonders die Rede sein (siehe hierzu §§ 10 und 11). Hier interessiert zunächst, dass die Abweichung von der sonst angenommenen Wirkung der Anfechtung damit begründet wird, dass es sich um einen Ausnahmefall (vgl. R.G. Bd. 56 S. 195) handle, in dem sich der Anfechtungszweck nicht anders erreichen lasse, als durch Rückgewähr in das Vermögen des Schuldners[1]). Dass ein solcher Ausnahmefall hier vorliegt, — die Rückgewähr in das Vermögen des Schuldners würde überdies nach den obigen Ausführungen (zu II) ebenfalls die einmal erfolgte Mobilisierung des Wertaneignungsrechts nicht rückgängig machen können, — kann nicht anerkannt werden. Man muss sich hier und ebenso auch bei der Konkursanfechtung von den gemeinrechtlichen Anschauungen von der rein pfandrechtlichen Natur der Grundstücksbelastungen freimachen, darf in der Hypothek nicht mehr ein unselbstständiges, accessorisches Sicherungsmittel erblicken. Bei einer solchen Anschauung kann naturgemäss von einer Weggabe eines Vermögensteiles und einer Vollstreckung wie ein anderes Gut z. B. eine körperliche Sache nicht die Rede sein. Die Rückgewähr einer nach römisch-rechtlichen Pfandrechtgrundsätzen aufgefassten Grundkreditbelastung kann freilich nur durch die Befreiung des Grundstücks von dem belastenden accessorischen Rechte bewirkt werden. Die modernen Grundkreditbelastungen,

[1]) So bes. Falkmann, S. 561 § 45 Ziff. 2 a.

besonders die Grund- und Rentenschuld, in gleicher Weise aber auch die Hypothek, sind selbständige mobile Wertrechte, die auch in der Hand des Eigentümers als selbstständige Vermögensbestandteile fortleben und wie jedes andere Vermögensgut selbständiger Pfändung zugänglich sind. Das selbständige Wertaneignungsrecht ist also Gegenstand der anfechtbaren Vermögensverschiebung, dieser mobile Gegenstand ist auch Gegenstand der Rückgewähr nach § 7. Gewiss kann die Rückgewähr einer anfechtbar bestellten Grundschuld nicht durch Abtretung der Grundschuld an den Anfechtungsgläubiger herbeigeführt werden, ebensowenig wie bei Veräusserung einer körperlichen Sache die Rückgewähr durch Uebereignung der Sache an den Gläubiger erfolgt[1]). In beiden Fällen verpflichtet die Anfechtung den Anfechtungsgegner zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das anfechtbar weggegebene Vermögensgut, dort in die körperliche Sache, hier in das selbständige Grundkreditrecht. In beiden Fällen sind es lediglich die persönlichen Gläubiger, welche den mobilen Vermögensgegenstand durch Pfändung im Vermögen des Anfechtungsgegners, nicht erst auf dem Umwege der Rückgewähr in das Vermögen des Schuldners und der dort zu bewirkenden Pfändung, ihrer Befriedigung zugänglich machen können. Der auf das Grundstück beschränkten Machtsphäre des dinglichen Gläubigers ist und bleibt dieses vom Eigentum losgelöste Vermögensgut wie jeder andre mobile Vermögensteil für immer unerreichbar[2]).

[1]) Die hierauf gestützte Beweisführung Jaegers (Anf. Ges. Anm. 11 zu § 9) ist deshalb hinfällig. Wie Jaeger auch Falkmann a. a. O. § 45 S. 562, vgl. auch Entsch. d. R. G. vom 18. Februar 1898 (Jur. Woch 1898 S. 224 Ziff. 17) und vom 28. Februar 1902 (bei Gruchot Bd. 46 S. 1019).

[2]) Ueber die formelle Durchführung der Einzelanfechtung Vgl. unten § 12.

Dass die moderne Hypothek insbes. mit Rücksicht auf ihren selbständigen, vom Schuldgrund losgelösten Inhalt im Anfechtungsrecht anders zu behandeln ist als das gemeinrechtliche Pfandrecht, hat bereits das Eigentumserwerbsgesetz klar erkannt. Es ist in diesem Zusammenhang auf § 40 Eigentumserwerbsgesetz

§ 10.

I. Wie bereits oben in § 1 festgestellt ist, hat das Reichsgericht entgegen der hier vertretenen Ansicht in ständiger Rechtsprechung[1]) die dingliche Anfechtungsklage zugelassen, oder genauer gesagt, die dingliche Rechtsstellung des Hypothekengläubigers – ein solcher tritt in jenen Entscheidungen regelmässig als Anfechtungsgläubiger auf, — als besondere Grundlage der Anfechtungsklage anerkannt. Es ist nunmehr an der Zeit auf Grund der vorstehenden Ausführungen die Entscheidungen des Reichsgerichts auf ihre Richtigkeit und praktische Brauchbarkeit nachzuprüfen, und zwar zunächst die Punkte festzustellen, in denen das Reichsgericht sich mit den hier vertretenen Rechtsansichten in Widerspruch setzt.

II. Der Hauptmangel der in Frage kommenden Entscheidungen dürfte darin zu sehen sein, dass das Reichsgericht der modernen Entwicklung der Hypothek, ihrem völlig veränderten rechtlichen und wirtschaftlichen Inhalt nicht gerecht wird, dass übersehen wird, dass der wirtschaftliche, vom Gesetz anerkannte Charakter der

---

zu verweisen: „Gleich- oder nacheingetragene Gläubiger können Grundschulden nur dann anfechten, wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung die Eintragung erlangt haben.“ Es handelt sich zwar nur um einen ersten, in seinem Anwendungsgebiet noch sehr eingeschränkten Ansatz zum Ausschluss der dinglichen Anfechtungsklage, jedoch treffen die Gründe des Regierungsentwurfes, der den nacheingetragenen Gläubigern die Anfechtung der Grundschuld überhaupt versagen wollte, auch für die Hypothek zu. Die Anfechtung sollte nämlich versgat sein, weil die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Schuldgrundes für den nacheingetragenen Gläubiger indifferent sei, diese vielmehr durch die blosse Tatsache, dass vor ihrer Forderung eine Grundschuld eingetragen sei, von der Hebung ausgeschlossen würden, welche auf die voreingetragene Grundschuld falle. (Vgl. hierzu Turnau, Grundbuchordnung (5 Aufl. 1892) S. 775 zu § 40 Eigentums-Erwerbsgesetz).

[1]) Vgl. insbesondere die oben in § 1 genannten Entscheidungen in Bd. 29, 47 und 70.

heutigen Hypothek die Grundvoraussetzung jeder Anfechtung, die ungerechtfertigte Benachteiligung der einen Post durch die andere, ausschliesst. Das wirtschaftliche Prinzip der festen Stellen, die mobilisierende Wirkung jeder Hypothekenbestellung hätte das Reichsgericht dazu führen müssen, mangels Vorliegens einer objektiven Benachteiligung die dingliche Anfechtungsklage abzulehnen.

III. Um der nun einmal zugelassenen dinglichen Anfechtungsklage zum Erfolge zu verhelfen, konnte naturgemäss die sonstige Art der Rückgewähr nicht mehr zum Ziele führen. Die in § 9 festgestellte Rechtssprechung ist deshalb für den Fall der dinglichen Anfechtungsklage vom Reichsgericht verlassen worden. Entgegen dem sonst anerkannten Grundsatz, dass die Anfechtungsklage nicht auf Aufhebung der Rechtshandlung gerichtet ist, auch nicht blosse Feststellung der — relativen — Unwirksamkeit zum Gegenstande hat, sondern unter Aufrechterhaltung des einmal rechtsgültig geschaffenen Tatbestandes lediglich auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das im Vermögen des Anfechtungsgegners verbleibende Vermögensgut erzielt, wird hier in ständiger Rechtsprechung der Anfechtungsgegner verurteilt, „von der Hypothek dem Anfechtungsgegner gegenüber keinen Gebrauch zu machen und ihm gegenüber mit seinem Recht auf Befriedigung zurückzutreten [1]), eine Entscheidung, welche in künstlicher Um-

---

[1]) Vgl. besonders Entsch. d. R.G vom 29. Jan 1091 (Bd. 47 S. 222): „Besteht das Veräussern oder Weggeben in der Belastung eines sonst für den Zugriff der Gläubiger bereitstehenden Objekts, so erfolgt die Rückgewähr zur Befriedigung des Klägers in der Gestalt, dass der Beklagte von seinem begründeten Pfandrecht dem Kläger gegenüber keinen Gebrauch macht und auf diese Weise das Hindernis, welches durch seine anfechtbare Handlung einer wirksamen Zwangsvollstreckung bereitet war, beseitigt; im Verhältnis unter den Parteien wird der Zustand hergestellt, wie wenn die bestehende Hypothek nicht bestellt ist". Vgl. Entsch. R. G. vom 14. Nov. 1899 (Jur. Wochensch. 1899 S. 831 Ziff. 13), vom 22. Oktober 1902 (Bd. 52 S. 337). Vgl. auch Entscheidung des O.L.G zu Darmstadt vom 2. September 1910 (Rechtspr des

schreibung lediglich die Feststellung enthält, dass die Hypothek des Anfechtungsgegners dem Kläger gegenüber rechtlich unwirksam ist[1]). Den gleichen Inhalt haben die Entscheidungen, welche die Beseitigung der Hypothek — natürlich nur dem Anfechtungskläger gegenüber als Ziel und Wirknng der Anfechtung ansehen[2]). Lediglich das Eine wird abgelehnt, die Verurteilung zur Löschungsbewilligung der Hypothek auszusprechen[3]), obgleich sich bei der Konkursanfechtung auch Entscheidungen finden, welche den Löschungsanspruch als in den Rahmen des § 37 K.O. fallend ansehen[4]).

O.L.G Bd. 21 S. 409). Vgl. hierzu die oben zu § 8, IV angegebene Literatur, ferner Eccius, Pr. Priv.-R. Bd. 1 S. 744, Dernburg, Pr. Hyp.-R. Abt. 2 § 40.

[1]) Vgl. hierzu Willenbücher (K O. nebst Anf. G), welcher in Anm. 5 zu § 9 Anf. Ges. folgende Fassung des Klageantrags vorschlägt: „ Den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen, dass die für ihn eingetragene Hypothek der Befriedigung des Klägers wegen des für diesen eingetragenen Anspruchs nicht entgegensteht, Kläger vielmehr berechtigt ist, den bei der Versteigerung des Grundstücks auf die angefochtene Hypothek fallenden Erlös für sich zu beanspruchen". Vgl. hierzu Jaeger, Anf. G. Anm. 5, 11 zu § 9, der mit Recht eine derartige Feststellungsklage als der Vorschrift des § 9 Anf G. widersprechend zurückweist, freilich irrig diesem Fehler zu entgehen glaubt, wenn er den Antrag dahin fasst, dass der Beklagte eine ihm vorgehende Berücksichtigung des Klägers bewillige. — Eine grundbuchmässige Verlautbarung der Rangänderung zwischen den Parteien lehnt Jaeger, Anm. 28 zu § 1 ab; so auch O.L G. Darmstadt in der Entscheidung vom 2. September 1910 (Rechtspr. d. O L G. Bd 21 S. 409). Anders Falkmann a. a. O. § 45 S. 564 und Entscheidung des O L G Dresden vom 3. Februar 1903 (Rechtsp. d. O.L G. Bd. 6 S. 258.)

[2]) Vgl. R G. vom 5. Dezember 1887 (Bd. 20. S. 29), vom 5 Februar 1892 (Bd. 29 S. 188). Vgl. auch O.L.G. Karlsruhe vom 14. Juli 1906 (Rechtsp. O.L G. Bd. 14 S. 129): „Die angefochtene Hypothek hat man sich hinwegzudenken".

[3]) Vgl. Entsch d. R.G. vom 28. Februar 1902 (bei Gruchot, Br 46 S. 1016 ff) und vom 1. Dezember 1903 (Bd. 56 S. 194).

[4]) Vgl. Entsch. d. R.G. vom 19. Jan. 1893 (Bd. 30 S. 90 ff.) und vom 22. Januar 1909 (Pos. Monatschr. 1909 S. 90).

III. Freilich führt das Reichsgericht, wenigstens in seinen letzten Entscheidungen (Bd. 47 und 70), seine Ansicht nicht folgerecht durch und verhindert so den schwersten praktischen Mangel, der einer solchen Konsolidationswirkung der Anfechtung anhaftet. Stellt man sich nämlich auf den Standpunkt des Reichsgerichts, dass die Anfechtung zwischen den Parteien die Wirkung herbeiführe, als wäre die Hypothek nicht bestellt worden und das Grundstück mit dem Rechte des Anfechtungsgegners nicht belastet, denkt man diese Ansicht folgerecht zu Ende, so ist und bleibt die angefochtene Stelle leer, von einem Eintrittsrecht des Anfechtenden in die Stelle der anfechtbar bestellten Post kann nicht die Rede sein. Eine Post, die dem Anfechtungsgläubiger gegenüber nicht entstanden ist, kann von ihm nicht als bestehend mit Beschlag belegt werden. Ist im Verhältnis zwischen ihm und dem Anfechtungsgegner die angefochtene Post hinwegzudenken, so bedeutet dies, dass ihm gegenüber das Grundstück mit einem Recht weniger belastet ist; die Zahl der ihm bei der Befriedigung aus dem Grundstück vorangehenden Befriedigungsrechte ist um eins vermindert. Die Reihe der Hypothekengläubiger schliesst sich an der leergewordenen Stelle durch Vorrücken sämtlicher Gläubiger. Dies hat zur Folge, dass der persönliche Gläubiger — im Verhältnis zum Anfechtungsgegner — trotz erfolgreicher Anfechtung noch immer durch die nacheingetragenen Posten, der anfechtende dingliche Gläubiger durch die Zwischenposten von der anfechtbaren Post und ihrem Erlös ferngehalten wird, dass er durch die Anfechtung nur dann besser gestellt wird, wenn von dem Erlös des Grundstücks nach Abzug aller vorgehenden Posten mit Ausnahme der angefochtenen etwas auf ihn kommt. Die Verbesserung seiner Befriedigungsmöglichkeit ist mithin eine nur relative, abhängig von dem in der Versteigerung nicht gedeckten Betrage der Zwischenposten. Nur was nach Abzug der nicht zur Hebung gelangten Zwischenrechte von dem auf die anfechtbare Hypothek entfallenden Teil des Erlöses

freibleibt, kommt bei folgerechter Durchführung der Auffassung des Reichsgerichts dem dinglichen und persönlichen Anfechtungsgläubiger zu. Nur wenn und insoweit die durch die Anfechtung bewirkte relative Besserung die Befriedigungsmöglichkeit erweitert, ist auf der Grundlage der Konsolidationstheorie eine Benachteiligung vorhanden, nur dann führt die Anfechtung zum Ziel.

Diese Folge lässt sich nicht durch Berufung auf die relative und obligatorische Wirkung der Anfechtung ausschalten. Das Aufrücken der Zwischenposten kommt nicht diesen selbst zugute, sondern ist nur im Verhältnis zwischen den Anfechtungsparteien für die Prüfung von Bedeutung, ob der Anfechtungskläger benachteiligt ist und ob die Anfechtung ihn überhaupt besser zu stellen vermag, zugleich für die Berechnung der Höhe seines Anspruchs. Ist mangels Benachteiligung und mangels Verbesserung durch das Aufrücken der Anfechtungskläger zur Anfechtung nicht berechtigt, so verbleibt bei folgerechter Durchführung der herrschenden Ansicht der Erlös bei dem Anfechtungsgegner, solange nicht derjenige Zwischengläubiger, welcher bei Fortfall der angefochtenen Post in die Stelle aufrücken würde, die Anfechtungsklage erhebt. Der spätere Gläubiger ist jedenfalls nicht legitimiert, den nicht ihm, sondern einem Dritten entzogenen Teil des Erlöses dem Anfechtungsgegner zu entreissen.

Der so gestaltete Anfechtungsanspruch wird auch nicht durch die obligatorische Wirkung der Anfechtung verändert; auch im Falle des dargelegten Aufrückens der anfechtenden Post oder des anfechtenden persönlichen Gläubigers ist der Anspruch auf das „Nichtgebrauchmachen“ von der Post lediglich mit obligatorischer Wirkung ausgestattet.

Dieses durch das — relative — Erlöschen der anfechtbaren Hypothek bedingte Aufrücken sämtlicher Gläubiger ist also bei folgerechter Durchführung der herrschenden Ansicht im Verhältnis zwischen Anfechtungsgläubiger und Anfechtungsgegner die massgebende Grund-

lage für die Zulässigkeit und den Umfang der Anfechtung. Nur soweit der Anfechtungsgläubiger durch dieses — lediglich im Verhältnis zwischen den Parteien wirkende — allgemeine Aufrücken der Nachgläubiger an die Stelle der anfechtbaren Post gelangt, steht ihm die anfechtbare Post entgegen, nur so weit ist er benachteiligt. Käme er auch beim Fortfall der angefochtenen Post nicht zur Hebung, so ist er mangels Benachteiligung nicht zur Anfechtung befugt [1]).

Dieser Gedankengang auf der Grundlage der Konsolidationstheorie, die ja, wie oben dargelegt ist, auf den gemeinrechtlichen Pfandrechtsbegriffen beruht, findet sich auch in der früheren Gesetzgebung. Vgl. die §§ 70 Abs. 2, 71 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869; § 70: „(Der Schuldner ist befugt, die Richtigkeit des Realrechts und das Vorrecht der einzelnen Forderungen zu bestreiten.) In gleicher Art ist hierzu auch jeder Realgläubiger sowie jeder Gläubiger, auf dessen Antrag die Subhastation betrieben worden ist, insofern befugt, als durch die Teilnahme der einzelnen Forderungen an der Masse oder durch die Ausübung des verlangten Vorrechts seiner Befriedigung Eintrag geschieht." In § 71 ist alsdann die Paulianische Anfechtung unter der Voraussetzung des § 70 Abs. 2 zugelassen.

Dasselbe spricht folgerecht die Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. Februar 1880 (Gruchot Bd. 25. S. 111) aus [2]). Dieselben Erwägungen haben auch das Oberlandesgericht München als Berufungsgericht in dem Bd. 47 S. 216 ff. vom Reichsgericht entschiedenen Rechtsstreit dazu geführt, die Einwendung des Anfechtungsbeklagten, der Kläger habe kein rechtliches Interesse an der

---

[1]) Auch Oberneck („Ueber die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners" in Leipz Zeitschr. 1907 S 375) bezeichnet dies als die Konsequenz, welche die herrschende Ansicht ergeben müsste.

[2]) Gegen diese Entscheidung Eccius, Pr Priv. R. Bd. I § 144 S. 744 ff.

Anfechtung, weil er von einer anderweiten Verteilung des Kaufgeldes nichts für sich zu erwarten habe, für begründet zu erklären[1]).

Der Hauptmangel dieser folgerecht durchgeführten Konsolidationstheorie liegt auf der Hand. Die anfechtbare Hypothek ist, sofern sie nicht ausnahmsweise an letzter Stelle steht, der allgemeinen Anfechtung entzogen. Obgleich doch offensichtlich eine Vermögensminderung zum allgemeinen Nachteil der persönlichen Gläubiger stattgefunden hat, kann bei dieser Konstruktion nur derjenige in der Versteigerung ausgefallene Nachhypothekar, der beim Fortfall des anfechtbaren Rechts zum Zuge kommen würde, anfechten, der persönliche Gläubiger nur dann, wenn keine Nachhypothekare vorhanden sind. Kann oder will der zur Anfechtung befugte Nachhypothekar nicht anfechten, steht insbesondere die nicht ebenfalls angefochtene Zwischenpost dem Anfechtungsgegner selbst zu, so kann diesem der in der ersten Post enthaltene unrechtmässige Vermögensgewinn nicht entzogen werden, da die etwaigen späteren dinglichen und die persönlichen Gläubiger auch bei Fortfall der anfechtbaren Post noch immer durch die Zwischenpost von dem anfechtbar Weggegebenen getrennt werden. Der Umstand, dass der nach dieser Auffassung allein geschädigte, unmittelbar folgende Hypothekar nicht anficht, kommt dann eben dem Anfechtungsgegner zugute, nicht dem Anfechtungskläger, der durch die Befriedigung vor der noch wirksamen Zwischenpost vom Standpunkt der Konsolidationstheorie aus eine unverdiente Bereicherung erhalten würde. Dem Schuldner und seinem Vertragsgegner ist also nach der folgerecht durchgeführten herrschenden Auffassung die Möglichkeit gegeben, sich gegen jede Anfechtungsklage

[1]) Vgl. bes. die vom Standpunkt der Konsolidationstheorie überaus zutreffenden Ausführungen S. 217 dieser Entscheidung; vgl. auch Entsch. d. R.G. vom 5. Febr. 1892 (Bd. 29 S. 188), Entsch. d. O.L.G. Karlsruhe vom 14 März 06 (Rechtssp. d. O.L.G. Bd. 14 S. 129).

zu schützen, indem der Schuldner nach der anfechtbar bestellten Hypothek eine Post vom gleichen Betrage für eine Person bestellt, hinsichtlich deren er der Nichterhebung der Anfechtungsklage gewiss ist. Wer vollends demjenigen dinglichen Gläubiger, welcher auf Grund vertraglicher Bewilligung sein Recht erhalten hat, gemäss den obigen Erörterungen (vgl. § 7, I, vgl. auch § 40 Eig.-Erw.-Ges.) das Anfechtungsrecht versagt, es aber dem Zwangshypothekar zugesteht, der wird nach der folgerecht durchgeführten Konsolidationstheorie für den Regelfall die anfechtbare Hypothekenbestellung jeder Anfechtung entziehen. Denn da die — gewöhnlich bei schlechter Vermögenslage des Schuldners zu erzwingenden — Judikatshypotheken an später Stelle zu stehen pflegen, die zwischen dieser Post und der an guter Stelle stehenden anfechtbaren Hypothek stehenden Zwischenposten in der Regel im Wege der Beleihung entstanden sind, wird auf der Grundlage der herrschenden Auffassung in Höhe dieser Zwischenposten jeder Anfechtungsanspruch zu verneinen sein.

Man bedenke ferner die ausserordentlichen Schwierigkeiten, die bei Zulassung einer dinglichen Anfechtung ausserhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens die Prüfung der Frage verursacht, ob der Anfechtungsgläubiger beim Fortfall der anfechtbaren Post zum Zuge kommen würde. Im Zwangsversteigerungsverfahren selbst mag nach dem Zuschlage feststehen, welcher Erlös auf die einzelnen Posten entfällt und mit welchem Betrage die einzelnen Rechte ausfallen, wenngleich auch hier die Vorgänge „hinter den Kulissen" des Versteigerungstermins, die besonderen Vereinbarungen der interessierten Bieter, häufig ein mit dem wahren Wert nicht übereinstimmendes Meistgebot zur Folge haben. Nach welchem Masstab soll aber ausserhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens der zu erwartende Versteigerungserlös ermittelt werden? Welcher Zeitpunkt soll für die Wertermittelung und für die davon

abhängige Frage der Benachteiligung zugrunde gelegt werden?

IV. Offenbar diese unbilligen Ergebnisse, der Widerspruch dieser folgerecht durchgeführten Konsolidationstheorie mit den Bedürfnissen des Verkehrs haben nun das Reichsgericht, insbesondere in den Entscheidungen in Bd. 47 und 70, zu einer völlig folgewidrigen Lösung geführt. Die Erwägungen, die oben dazu geführt haben, die anfechtbar bestellte Hypothek als selbständig gewordenes Vermögensgut nur der Anfechtung und Pfändung der persönlichen Gläubiger zu unterwerfen und dem dinglichen Gläubiger als unerreichbar festzustellen, müssen hier dazu herhalten, die Zwischenhypothekare — auch im Verhältnis zwischen den Anfechtungsparteien — von der Stelle der anfechtbaren Post fernzuhalten, bleiben aber ausser Betracht, sobald der dingliche Anfechtungsgläubiger selbst in Frage kommt. Das Reichsgericht sieht die Notwendigkeit ein, an dem Platz der weggegebenen Hypothek keine leere Stelle entstehen, sondern dort ein selbständiges Wertrecht bestehen zu lassen und der Befriedigung der Anfechtungsgläubiger zugänglich zu machen; es nimmt aber dabei nicht an, dass für derartige mobile Vermögensstücke nur der persönliche Gläubiger als Anfechtungsberechtigter in Frage kommen kann.

In der Entscheidung Bd. 47 wird zwar zunächst noch geltend gemacht, die relative Wirkung der Anfechtung habe zur Folge, dass die nicht anfechtenden Zwischengläubiger der Befriedigung des Anfechtungsklägers nicht hinderlich seien, weil ihnen gegenüber die anfechtbare Hypothek bestehen bleibe[1]). Das Reichsgericht dürfte hierbei verkennen (vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 90 zu III), dass auch bei Beschränkung der Anfechtungswirkungen auf die Anfechtungsparteien der Fortfall der angefochtenen Post den Anfechtungs-

[1]) So übrigens auch Jäger, Anf. Ges., beson. Anm. 29 zu § 1.

gläubiger nur besser stellt, sofern ihm unter Abzug der ihm noch wirksam vorgehenden Rechte etwas vom Erlöse übrig bleibt.

Doch auch schon in dieser Entscheidung finden sich Spuren einer richtigen praktischen Beurteilung. Man beachte z. B. folgende Ausführung (S. 221): „In derselben Weise, wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners verblieben wäre, sich aus derselben würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso habe der Empfänger die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger über sich ergehen zu lassen". Also auch hier schon wird eine besondere Sache, ein vom Grundstückseigentum verschiedenes Vermögensgut in der Hand des Anfechtungsgegners festgestellt, das folgerecht dem lediglich auf das Grundstück beschränkten dinglichen Gläubiger vorenthalten bleiben müsste.

Weit klarer und bestimmter treten die hier vertretenen Ansichten über die Mobilisierung der Hypothek und über ihr Bestehenbleiben als selbständiges Vermögensgut in der Entscheidung Bd. 70 S. 114 hervor. Hier wird nicht mehr die relative Wirkung als Grund für das Unberücksichtigtlassen der Zwischenhypotheken vorgebracht, es wird vielmehr ausdrücklich anerkannt, dass man in Ansehung der gegnerischen, hier vom Berufsgericht vertretenen Ansicht sehr wohl von einer relativen Wirkung sprechen könne, weil die Nichtigkeit der angefochtenen Hypothek auf das Verhältnis zwischen den Parteien beschränkt sei. Die Hauptstütze dieses Urteils bilden folgende Erwägungen (S. 114): „Abgesehen von anderen Bedenken, die gegen die Annahme einer relativen Nichtigkeit in diesem Zusammenhange zu erheben wären, würde mit jener Auffassung der grundbuchrechtlichen Seite des Verhältnisses nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Der in Betracht kommende Rest des Versteigerungserlöses ist im Teilungsplane auf die angefochtene Hypothek zugeteilt worden und konnte der Rangfolge entsprechend nur auf

diese zugeteilt werden. Wem die Hypothek zustand, war hierfür ohne Bedeutung. Ob sie nicht sogar auch dann, wenn sie schlechthin (nicht bloss relativ) nichtig war, doch als Eigentümergrundschuld bestehen blieb, ihren Platz behauptete und den entsprechenden Teil des Erlöses auf sich zog, bedarf hier nicht der Entscheidung". Vgl. vor allem (S. 114): „Die angefochtene Hypothek war und blieb an sich gültig und musste also an der Stelle, wo sie in der Rangfolge stand, ihre Wirkung äussern, also, solange sie nicht vollständig gedeckt war, jede im Range nachfolgende Post, gleichviel wem sie zustand, von dem Versteigerungserlöse ausschliessen. Auf die Stelle, die sie einnahm, fiel und auf dieser Stelle verblieb der Rest des Versteigerungserlöses. Es konnte sich nur fragen, wer an dieser Stelle der Hebungsberechtigte war. Der Gläubiger der nächststehenden Hypothek konnte unter keinen Umständen in Betracht kommen, eben weil der Erlös bis zu dieser Stelle nicht reichte. Die nachstehende Hypothek (Bem.: und ebenso doch die Hypothek des Anfechtenden) war und blieb ausgefallen". Vgl. auch S. 115: „durch die Eintragung ist und bleibt die Stelle der Hypothek besetzt". Und trotz dieser richtigen Erkenntnis des selbstständigen, jedes Aufrücken der dinglichen Gläubiger verhindernden Charakters der Hypothek, trotz der Feststellung, dass die Stelle der angefochtenen Hypothek „besetzt ist und bleibt", also für eine Verbesserung der dinglichen Rechte kein Raum sein kann, wird dann doch dem anfechtenden dinglichen Gläubiger ein Vorrücken gestattet, indem ausgeführt wird (S. 115): „Das Verhältnis ist ein ähnliches, wie wenn vor der angefochtenen Hypothek der des Anfechtenden der Vorrang eingeräumt worden wäre (§ 880 B.G.B.). Der Unterschied ist nur der, dass die Rangänderung zugunsten des Vortretenden dinglich, die Anfechtung zu Gunsten des Anfechtenden obligatorisch wirkt". Gewiss, dem persönlichen Gläubiger ist das Recht zuzusprechen, an der besetzt bleibenden Stelle der angefochtenen Post, also vor den Nachhypotheken zur

Hebung zu kommen, aber dieses Recht auch den dinglichen Gläubigern zuzusprechen und so ihre Machtsphäre auf dieses vom Grundstück losgelöste Vermögensstück zu erweitern, ist nicht haltbar[1]).

V. Für die Konkursanfechtung ist niemals der Versuch gemacht worden, mit der Konsolidationstheorie Ernst zu machen. Sonst wäre beim Vorhandensein nicht zur Hebung gelangter Nachhypothekare eine Konkursanfechtung völlig ausgeschlossen, da beim Fortfall der anfechtbaren Post den durch den Konkursverwaltern vertretenen persönlichen Gläubigern immer noch die Nachposten vorgehen würden. Was nur bei Annahme der unveränderlichen Selbständigkeit des mit der Hypothek abgesonderten Wertaneignungsrechts zu erklären ist, wird von der herrschenden Ansicht trotz der Auffassung von der relativen Nichtigkeit des ganzen Bestellungsakts ohne Begründung als selbstverständlich vertreten, nämlich dass „die Konkursgläubiger gewissermassen in die Stelle der angefochtenen Hypothek einrücken“ [2]).

§ 11.

1. Durch die vorstehend als folgewidrig gekennzeichnete Ausgestaltung der Hypothekenanfechtung seitens des Reichgerichts ist zwar der auffallende Mangel der Konsolidationstheorie beseitigt, die Anfechtungsklage ist

---

[1]) Bei dieser Sachlage ist es nicht erstaunlich, dass das R.G. auf die zutreffende Einwendung der Revision, die dingliche Anfechtungsklägerin könne doch nicht besser gestellt werden, als wenn die angefochtene Hypothek überhaupt nicht eingetragen wäre, keine andere Anwort findet, als: „das sei ein Argument das zuviel und darum nichts beweise, da es auch für die Fälle gelten müsse, in denen die Zwischenhypothek einem Dritten gehöre“. (In dem Falle des Bd. 70 ist der Gläubiger der angefochtenen Post zugleich Inhaber der Zwischenpost. Vgl. oben § 1.)

[2]) So Entsch. d. R.G. vom 9 Januar 1893 (Bd. 30. S. 93) und Entsch. vom 24. Juni 1902 (Bd. 52 S. 82 ff). Vgl. übrigens den Widerspruch bei Jaeger zwischen Anfecht. Ges. (1905) Anm. 28 f zu § 1 (Konsolidationstheorie) und Konkursordnung (1911) Anm. 27 zu § 29 (die hier vertretene Ansicht).

jedem Gläubiger zur Verfügung gestellt. Aber die Ausdehnung des Anfechtungsanspruchs auf die dinglichen Gläubiger sowie die besondere Art der Rückgewähr (nicht: Duldung der Zwangsvollstreckung, sondern: Vorzugsweise Befriedigung vor dem Recht des Anfechtenden, nicht Gebrauch machen von der anfechtbaren Post) führen auch bei der Regelung des Reichsgerichts in der Praxis zu überaus zahlreichen Schwierigkeiten und Widersprüchen und drängen diesen Anfechtungsanspruch in eine Sonderstellung, die praktisch zu völlig unbefriedigenden Ergebnissen führt.

II. Bereits auf den ersten Blick erscheint es unverständlich, dass der Inhaber einer „Schornsteinhypothek", der, selbst wenn die anfechtbare Post nicht eingetragen wäre, nach dem Rang seines Rechts auf Grund der vielen vorhergehenden Lasten niemals Aussicht auf Befriedigung hatte, der vielleicht selbst seine Hypothek als wertlos für einen geringen Bruchteil des Nennwerts erworben hat, nunmehr als dinglicher Gläubiger ganz vorn an der Stelle der angefochtenen sicheren Post Befriedigung finden soll. Mit welchem Recht soll ihm aus dem Zufall, dass eine der sicheren Hypotheken auf anfechtbare Weise entstanden ist und die Zwischenhypothekare von ihrem — vom Standpunkt der Konsolidationstheorie besseren — Anfechtungs-Rechte, keinen Gebrauch machen, eine niemals erwartete Verbesserung seines dinglichen Rechts in den Schoss fallen[1])?

III. Man bedenke ferner folgenden Fall: A. belastet sein Grundstück mit einer Hypothek für B. Die Forderung, für welche die Post bestellt ist, ist noch nicht entstanden, oder der Hypothekenbrief ist noch nicht an B. übergeben, die Post steht also dem A. als Eigentümergrundschuld zu. Da B. die Hypothek noch nicht erworben hat, ist aus dem Vermögen des A. einstweilen nichts weggegeben, die in

[1]) Wegen des entsprechenden Einwandes gegenüber dem persönlichen Gläubiger vgl. unten § 13.

seinem Vermögen vollzogene Mobilisierung des Grundstückseigentums hat, ebenso wenig wie die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gemäss § 1196 B.G.B., einem Gläubiger einen Vermögenteil entzogen. Auch der dingliche Gläubiger kann zweifellos gegen die Umprägung des Grundstück in ein mobiles Wertaneignungsrecht keine Einwendungen erheben. Oder gegen wen sollte er die Anfechtungsklage richten? Gegen den Schuldner? Die Bestimmungen des § 3 Anf. Ges. würden völlig versagen. Soll nun die nachträgliche Fortgabe der bestellten Hypothek durch Uebergabe des Briefes oder durch Zahlung des Darlehns plötzlich die durch nichts gerechtfertigte Wirkung haben, dass das in der neuen Gestalt der selbstständigen Grundstücksbelastung längst nicht mehr der Grundstücksvollstreckung zugängliche Vermögensgut plötzlich wieder dieser Vollstreckung unterworfen wird?

Man setze den Fall so, dass A und B so vorsichtig sind, folgenden Weg zu wählen: A bestellt sich zunächst gemäss § 1196 B.G.B. eine Eigentümergrundschuld und überträgt alsdann in einem völlig selbständigen Rechtsakt diese Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek im Wege der Abtretung an B. Es wird niemand daran zweifeln, dass lediglich die Abtretung der Anfechtung unterliegt, dass nur die persönlichen Gläubiger benachteiligt sind und dass nur diesen das Recht zusteht, die Abtretung anzufechten und den B zu zwingen, die Vollstreckung in die anfechtbar abgetretene Post zu dulden. Welcher Unterschied besteht aber zwischen diesem Fall und dem obigen Beispiel, in welchem die Hypothek ohne diesen Umweg dem B zugewendet wird? Ist nicht für den nachstehenden Grundstücksgläubiger in beiden Fällen die Wirkung die gleiche, ist es für ihn nicht ein blosser Zufall, welcher von beiden Wegen zu der Fortgabe des in der Hypothek enthaltenen Vermögensgutes geführt hat?

IV. Ferner vergegenwärtige man sich die alle Grundsätze des Anfechtungsrechts umwälzende Wirkung hinsichtlich der Frage, ob vor der Erlangung eines rechts-

kräftigen Anfechtungsurteils ein Gläubiger sich vor dem andern ein Vorrecht sichern kann. Soll wirklich die mit der Anfechtung in keinem Zusammenhang stehenden Zwangseintragung einer Sicherungshypothek ein Vorzugsrecht an der anfechtbar bestellten Post verschaffen, während sonst erst die Pfändung des weggegebenen Gutes nach Durchführung der Anfechtungsklage über den Rang der wettstreitenden Gläubiger entscheidet? Soll wirklich diese Zwangshypothek am Grundstück ein Sicherungsrecht schaffen an dem als Hypothek im Vermögen des Anfechtungsgegners befindlichen mobilen Vermögensgute?

V. Vor allem denke man an folgende Wirkung: Wird mit der herrschenden Auffassung angenommen, dass der Anfechtungsanspruch nur dahin geht, von der Hypothek gegenüber dem Anfechtungsgläubiger keinen Gebrauch zu machen, so kann auf Grund dieses — entgegen § 9 Anf. Ges. erlassenen — Feststellungsurteils die eigentliche Zurückschaffung des entfernten Vermögensgutes zum Zwecke der Befriedigung des Anfechtungsgläubigers nur im Wege der Zwangsversteigerung durchgeführt werden. Erst bei der Verteilung des Versteigerungserlöses auf die einzelnen Posten kann sich der Anfechtungsgläubiger den Erfolg seines Urteils sichern, nur auf dem umständlichen und kostspieligen Wege der Zwangsversteigerung kann er seinen Anspruch verwirklichen. Eine vorherige Aneignung des in der Hypothek weggegebenen Vermögensgutes ist ausgeschlossen.

Dazu kommt, das er nicht einmal in eigener Person diese Verwirklichung durch Antrag auf Zwangsversteigerung veranlassen kann, es sei denn, dass er zufällig ausserdem über ein vollstreckbares Recht vor der anfechtbar bestellten Post verfügt. Wenn der dingliche Anfechtungsgläubiger auf Grund seines nachstehenden Rechts, der persönliche Gläubiger auf Grund seiner vollstreckbaren Forderung die Zwangversteigerung beantragt, so sind die vorgehenden Rechte und mit ihnen die anfechtbare Post in das geringste Gebot aufzunehmen (§ 44 Z.V.G.), sie

bleiben, da sie nicht durch Zahlung zu decken sind (§ 49 Z.V.G.), bestehen (§ 52 Z.V.G.) und nehmen an der Verteilung des Versteigerungserlöses nicht Teil. Wie soll in diesem Falle das „Nichtgebrauchmachen von der Hypothek" durchgeführt werden? Soll das Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt werden? Dies widerspräche wiederum der nur relativen Wirkung der Anfechtung. Es bedarf nur der Anregung dieser Fragen, um wenigstens für die Anfechtung ausserhalb der Zwangsversteigerung ungezählte Schwierigkeiten und Widersprüche aufzudecken. Statt der Rückgewähr des Weggegebenen und des endgültigen Ausgleichs der unberechtigten Vermögensverschiebung bewirkt diese Konsolidationstheorie einen ungelösten Rechtszustand, der erst bei dem Zufall einer Zwangsversteigerung auf Antrag eines vorstehenden Gläubigers zur Verwirklichung der Rückgewähr führt. Bis dahin hat eine ausserordentliche Rechtsunsicherheit Raum, indem der Anfechtungsgläubiger ohnmächtig ist, seine Befriedigung durchzusetzen, und — sofern er nicht auf den fernliegenden Gedanken kommt, gemäss § 866 Z.P.O. die Eintragung einer Sicherungshypothek zu erwirken, — ausserstande ist, den Erfolg seines Anfechtungsurteils gegenüber anderen Gläubigern zu sichern. Eine solche — praktisch völlig unbrauchbare — Sondergestaltung widerspricht zweifellos dem wirtschaftlich und rechtlich anerkannten Zweck der Anfechtung.

§ 12.

I. Mit Recht betont Riehl[1]), dass es „bei der inneren Wesensgleichheit der äusserlich in den verschiedenartigsten Gestaltungen zutage tretenden Anfechtungsrechtswidrigkeiten befremdend wäre, wenn der den Anfechtungsgläubiger zum Ziele führende Weg nicht derselbe wäre, wie derjenige, welchen er zu beschreiten hat, wenn der

[1]) Gruchot, Bd. 53 S. 537.

Anfechtungsgegner das Eigentum oder ein Forderungsrecht des Schuldners erworben hat.“ In der Tat, die auch von Riehl[1]) vertretene Ansicht, dass der Anfechtungsgegner bei der Einzelanfechtung — wegen der Konkursanfechtung siehe oben § 9, II S. 69 ff. — dahin zu verurteilen ist, die Zwangsvollstreckung in das erworbene Grundkreditrecht zu dulden, und dass auf Grund dieses Urteils die Vollstreckung in das Grundkreditrecht vorzunehmen ist[2]), entspricht allein dem rechtlichen Aufbau des Anfechtungs- und des Hypothekenrechts und den wirtschaftlichen Anschauungen des Verkehrs. Ohne Zwangsversteigerung, im Wege der Pfändung des Realrechts nach §§ 857, 830, 837 Z.P.O. wird der Erfolg der anfechtbaren Handlung alsbald nach der Verurteilung endgültig rückgängig gemacht und das entzogene Vermögensgut auf dem kürzesten Wege dem Anfechtungskläger zugeführt. Gleiche Rechtssätze, wie in den übrigen Anfechtungsfällen hindern den persönlichen Gläubiger, sich einen zufälligen Vorrang über die „Hintertreppe“ der Zwangseintragung einer Sicherungshypothek zu verschaffen. Solange kein Urteil gegen den Anfechtungsgegner auf Duldung der Zwangsvollstreckung vorliegt, ist die Pfändung

[1]) So auch Schneider in Leipz. Zeitschrift 97 S. 722 ff, ferner Linsmayer a. a. O. S. 105, Hellmann im Recht 1910 S. 265 (vom Standpunkt der Dinglichkeitstheorie).

[2]) Vgl. bes. Schneider a. a. O. S. 722 f. (gegen die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 29 S. 184): „Der Anfechtungsgläubiger kann nicht auf Grund seines Obsiegens . . . einfach an der leergewordenen Stelle liquidieren, sondern er müsste durch die ihm gegen den Anfechtungsschuldner eröffnete Vollstreckung erst den Erwerb, also die Hypothek für sich pfänden lassen, ehe er als „Beteiligter“ in der Zwangsversteigerung auftreten könnte. . . Er kann also Befriedigung aus dem Steigererlöse beanspruchen, nicht soweit dieser „auf die durch die Post No. 3 eingenommene Stelle“ fällt, sondern erst als Zwangszessionar eben dieser Post, in die einzutreten, „soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist“, ihm die durch § 7 Anf. Ges. ermöglichte Vollstreckung gestattet “

der im Vermögen des Gegners befindlichen und verbleibenden Belastung, die zur Pfändung erforderliche Eintragung im Grundbuche bezw. die Fortnahme des Briefes nicht durchführbar; eine Vollstreckung vor der rechtskräftigen Durchführung des Anfechtungsstreits ist also wie auch sonst ausgeschlossen.

Der Erfolg der Anfechtung kann auch nicht dadurch im Voraus sicher gestellt werden, dass man, als Wirkung der Anfechtung die Entstehung einer Eigentümergrundschuld annehmend, diese künftige Eigentümerhypothek der Pfändung unterwirft. Dem steht schon entgegen, dass die Pfändung der Briefpost ohne Uebergabe des Briefes nicht wirksam erfolgen kann und dass bei der Buchpost das Reichsgericht in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung die Eintragungsfähigkeit der Pfändung einer zukünftigen Eigentümerhypothek verneint hat[1]). Dazu kommt hier vor allem, dass auch nach der Durchführung der Anfechtung von der Entstehung einer Eigentümergrundschuld, selbst nur im Verhältnis zwischen den Anfechtungsparteien, nicht die Rede sein kann. Der Anfechtungsanspruch erschöpft sich darin, dass der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung in das für ihn bestellte Grundkreditrecht zu dulden hat, zu einer positiven Rückleistung dieses Rechts in das Vermögen des Schuldners ist er hier ebenso wenig wie sonst verpflichtet[2]).

---

[1]) Vgl. Beschl. d R. G. vom 18. Oktober 1905 (Bd 61 S 374). Vgl. hierzu besonders Staudinger, Sachenrecht, Anm. IV. 1 e zu § 1163, Güthe, G B.O Bd. 2 (zu „Eigentümerhypothek) S. 1579, der nicht nur die Eintragung der Pfändung, sondern diese Verfügung selbst für unzulässig erklärt. Anders Oberneck z. B bei Gruchot Bd. 50 S. 576 ff.

[2]) Anders freilich Schneider in Leipz. Zeitsch. 1907 S 717, der es für angängig erklärt, „mit der Pfändung der angeblichen Eigentümerhypothek zu beginnen und den Inhaber der angefochtenen Hypothek dadurch zum Angriff zu zwingen."

Eine Sicherung des Vorrangs ist auch nicht etwa durch Pfändung der künftigen Forderung auf Zahlung des auf die angefochtene Post später entfallenden Versteigerungserlöses als einer Forderung des Schuldners zu bewirken. Denn die Pfändung des Versteigerungserlöses kann erst nach dem Zuschlage in Frage kommen. Vor diesem Zeitpunkte kann, da die Hypothek noch besteht, der Versteigerungserlös allein nicht gepfändet werden, sondern nur das hypothekarische Recht mit seinem ganzen Inhalt in der für Hypotheken vorgeschriebenen Form Gegenstand der Pfändung sein [1]).

Besonderes gilt freilich für den Fall der Anfechtung nach dem Erlöschen der Hypothek infolge des Zuschlages. Da nunmehr an die Stelle des dinglichen Rechts die Forderung auf den Versteigerungserlös getreten ist, sind für die Pfändung die allgemeinen Vorschriften des § 829 Z.P.O. zu beobachten [2]). Wie bei jeder Forderung kann auch diese im Verhältnis zwischen den Anfechtungsparteien dem Schuldner zustehende Forderung vor der Anfechtung als Forderung des Schuldners gepfändet werden, ohne dass es nach der Durchführung der Anfechtung einer nochmaligen Pfändung der Forderung bedarf. Wie in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. November 1887 (Bd. 19 S. 203) hervorgehoben ist, erfolgt in solchem Falle die Rückgewähr nach § 7 Anf. Ges. eben dadurch, dass der Beklagte die eigentlich gegenstandslos gewesene Pfändung und Ueberweisung gegen sich gelten lässt [3]).

---

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. vom 3. Febr. 1909 (Bd. 70 S. 278 ff., Jur. W. 1909 S. 167 Ziff. 17); vgl. ferner Jäckel, Kom. z ZV.G. (4. Aufl. 1912) Anm. 7 zu § 107, Staudinger, Sachenr. Anm. IV 4 zu § 1163.

[2]) Vgl. Entsch. d. R.G. vom 12 April 1899 (Bd. 43 S. 427), vom 24 Okt. 1906 (Bd. 64 S. 216) und vom 22. Febr. 1911 (Bd. 75 S. 316). Vgl. auch Oberneck bei Gruchot Bd. 50 S. 573

[3]) Vgl. auch Entsch. d. R.G. vom 28. Juni 1905 (Bd. 61 S. 150), Etwas abweichend Entsch. des R.G vom 22. Januar 1894 (Bd. 32 S. 102). Wie oben auch Schneider in Leipz. Zeitsch 1907 S 717, Riehl bei Gruchot, Bd. 53 S. 534.

Dass im übrigen eine Sicherung auch nicht durch Vormerkung des Anfechtungsanspruchs im Grundbuch herbeigeführt werden kann, ist bereits oben (§ 9, III) erwähnt. Die einzige zulässige Eintragung ist die gemäss §§ 935, 938 Abs. 2, 941 Z.P.O. im Wege der einstweiligen Verfügung zu erlassende und im Grundbuch einzutragende Verfügungsbeschränkung. Zweck und Wirkung dieser Eintragung ist jedoch nicht die Sicherung des Vorrangs vor andern Gläubigern, sondern die Verhinderung einer dem Anfechtungsgläubiger gegenüber wirksamen Weiterveräusserung des anfechtbar erworbenen Rechts an einen gutgläubigen Dritten [1]).

II. Was die Formulierung des Klageantrags im einzelnen betrifft, so ist davon auszugehen, dass ein weggegebenes, selbständiges Vermögensgut, die mobile Wertaneignungsbefugnis, dem Gläubigerzugriff zugänglich gemacht werden soll.

Wie der Klageantrag im Falle der Konkursanfechtung zu fassen ist und in welcher einfachen Weise sich die Vollstreckung des Urteils in diesem Falle praktisch abwickelt, ist bereits oben in § 9, II (S. 78 u. ff.) auseinandergesetzt.

Eine ebenfalls einfache Lösung ergibt sich für die Einzelanfechtung, sobald sie im Zwangsversteigerungsverfahren bei Gelegenheit der Verteilung des Erlöses erfolgt (es dürfte dies der Regelfall sein). Die als alleinige Anfechtungskläger in Frage kommenden persönlichen Gläubiger — insbesondere also der die Vollstreckung in das Grundstück wegen einer persönlichen Forderung betreibende Gläubiger, ebenso aber jeder dinglich gesicherte persönliche Gläubiger, dieser freilich nicht kraft seines dinglichen Rechts, sondern nur auf Grund der persönlichen Forderung, unter den Voraussetzungen des § 2 Anf. Ges. und ohne Vorrang vor anderen persönlichen

---

[1]) Vgl. Entsch. d. R. G. vom 5. Nov. 1907 (Bd. 67 S. 39), Vgl. z. B. auch Schneider a. a. O. S. 717 ff.

Gläubigern, — richten ihre Klage auf Verurteilung des Anfechtungsgegners, die Zwangsvollstreckung in den Anspruch auf Zahlung des auf die angefochtene Post entfallenden Versteigerungserlöses zu dulden. Die Pfändung dieser Forderung gegen den Eigentümer (nach den Ausführungen zu 1 kann sie schon im Voraus bewirkt werden), lässt den Anfechtungsgläubiger an die Stelle des Anfechtungsgegners treten, unbekümmert um Nach- bezw. Zwischenposten.

Was die Anfechtung ausserhalb der Zwangsversteigerung betrifft, so ist, sofern die Bestellung einer Grund- oder Rentenschuld angefochten wird, ebenfalls keine Schwierigkeit vorhanden. Der Klageantrag geht auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Grund- oder Rentenschuld. Die auf Grund des Urteils zu bewirkende Pfändung erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 857 Abs. 6,830, 837 Z.P.O. Ist die Forderung des Anfechtungsgläubigers geringer als der Betrag der anfechtbaren Post, so wird Antrag und Pfändung dahin gehen, dass die Pfändung wegen dieses Betrages mit dem Vorrange vor dem Ueberrest der Post erfolgen solle.

III. Sehr erhebliche Schwierigkeiten macht jedoch die Einzelanfechtung einer Hypothek ausserhalb der Zwangsversteigerung. Die Schwierigkeiten sind dadurch begründet, dass nur das Realrecht, die Wertaneignungsbefugnis, anfechtbar weggegeben ist, dass die Forderung des Anfechtungsgegners, für welche das Grundkreditrecht bestellt ist, der Anfechtung nicht unterliegt und vom Anfechtungskläger nicht in Anspruch genommen werden kann. Eine Pfändung und Ueberweisung der Hypothek als solcher würde hier, sofern die Ueberweisung an Zahlungsstatt erfolgt, dem Anfechtungsgläubiger mit dem Realrecht auch die Forderung zuwenden, während eine Ueberweisung zur Einziehung über das berechtigte Ziel der Anfechtung hinaus dem Anfechtungsgegner die freie Verfügung über die persönliche Forderung nehmen und mit der Befriedi-

gung aus der Hypothek auch diese Forderung zum Untergang bringen würde[1]).

Die hier eingetretene Verschmelzung des dinglichen Wertrechts mit der persönlichen Forderung zu einem einheitlichen, gemäss § 1153 B.G.B. prinzipiell untrennbaren Recht führt also zu Besonderheiten. Der Anfechtungsanspruch hält sich nur dann in den ihm gewiesenen Schranken, wenn er die Trennung dieser Verbindung von Forderung und Realrecht bewirkt und nur das Grundkreditrecht zur Befriedigung heranzieht, die Forderung aber dem Gläubiger zurücklässt. Es sei betont, dass diese Schwierigkeit nicht etwa gerade der Anfechtung der Hypothekenbestellung eigen ist und deshalb auch nicht der hier vertretenen Auffassung zur Last gelegt werden kann. Dasselbe Problem zeigt sich, sobald die blosse Abtretung einer Eigentümergrundschuld — etwa einer nach § 1196 B.G.B. von vornherein bestellten oder einer gemäss § 1177 B.G.B. kraft Gesetzes zustande gekommenen Eigentümerpost — an den Anfechtungsgegner unter Umwandlung in eine Hypothek in Frage steht. Auch dann ist, in gleicher Weise wie hier, den allein zur Anfechtung berechtigten persönlichen Gläubigern die Hypothek „als dem Eigentümer gehörig" d. h. als reine Grundschuld unter Loslösung der Forderung zugänglich zu machen und deshalb die gleiche Sonderung zwischen dem Realrecht und der persönlichen Forderung des Anfechtungsgegners erforderlich.

Diese Trennung würde, wie dies bei der Konkursanfechtung als zulässig angenommen worden ist (vgl. oben § 9, II), am zweckmässigsten durch einen Verzicht des Anfechtungsgegners auf die Hypothek herbeigeführt; damit würde der Anfechtungsgegner das dingliche Recht zurückgewähren, während ihm die persönliche Forderung verbleibt. Doch was bei der Konkursanfechtung, wo das Gesamtinteresse aller Gläubiger vereinigt ist, zum Ziele führt, bedeutet hier ein unberechtigtes Ueberschreiten der

---

[1]) Diese Schwierigkeit übersieht Linsmayer, a. a. O. S. 105.

gesetzlichen Grenzen der auf den einzelnen Gläubiger zu beschränkenden Anfechtungswirkungen. Die durch den Verzicht gemäss § 1168 B.G.B. entstehende Eigentümergrundschuld würde nicht nur dem Anfechtungsgläubiger, sondern ausser ihm sämtlichen anderen Gläubigern des Schuldners als Gegenstand des Zugriffs dienen.

Sehr bemerkenswert sind die Vorschläge, mit denen Riehl, der bisher allein dieses Problem erkannt hat, helfen will:

Riehl[1]) meint, der Anfechtungsgegner sei zur Bereitstellung der Hypothek zu verurteilen, jedoch nur mit der Massgabe, dass der Anfechtungskläger alles, was er aus der zugleich gepfändeten Forderung des Anfechtungsgegners erlöse, an diesen herauszugeben habe und nur dasjenige für sich behalten dürfe, was bei der Versteigerung auf die Hypothek entfalle. Doch dieser Vorschlag krankt daran, dass es ausserhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens unmöglich ist zu unterscheiden, was mit Rücksicht auf das dingliche Recht und was mit Rücksicht auf die Forderung gezahlt ist. Es mag richtig sein, dass, sofern der Eigentümer des mit der anfechtbaren Post belasteten Grundstücks zugleich der persönliche Schuldner der Forderung ist, regelmässig die dingliche Sicherheit das einzig Wertvolle ist, da ja gemäss § 2 Anf. Ges. der Anfechtung die fruchtlose Vollstreckung in das Vermögen des Eigentümers vorausgegangen sein muss. Doch ändert sich das Bild, wenn Grundstückeigentümer und persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung verschiedene Personen sind. Wie soll entschieden werden, wenn der Eigentümer oder der persönliche Schuldner freiwillig bezahlt? Zahlt der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, so geht mit der ihm als Eigentümerhypothek zufallenden Post gemäss § 1143 B.G.B. auch die Forderung auf ihn über; zahlt der persönliche

[1]) Gruchot, Bd. 53 S. 539; Riehls Ausführungen betreffen die Anfechtung von Pfandrechten jeder Art, auch des Pfandrechts an beweglichen Sachen.

Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, so erlischt die persönliche Forderung und zugleich geht die Post auf den Schuldner oder den Eigentümer über. Was gebührt in diesen Fällen von der geleisteten Zahlung dem Anfechtungsgläubiger, was dem Anfechtungsgegner?

Die Sonderung zwischen Realrecht und Forderung muss also vollständig durchgeführt werden, sodass beide ein von einander völlig unabhängiges Dasein führen. In dieser Richtung ist nun der weitere Vorschlag Riehls[1]) zu erwähnen: Riehl meint, eine durch Urteil herbeizuführende Auswechslung der Forderung gemäss § 1180 B.G.B. entspreche der Sachlage; der Klageantrag sei darauf zu richten, dass der Anfechtungsbeklagte bewillige, dass die ausgefallene Forderung des Anfechtungsklägers an die Stelle der Forderung des Beklagten trete und zwar dergestalt, dass letztere Forderung künftig nur insoweit der hypothekarischen Sicherung teilhaftig sei, als sie die Forderung des Klägers übersteige. Sofern noch die Einwilligung des Eigentümers erlangt und alsdann die Eintragung der Umwandlung ins Grundbuch bewirkt werde, sei der Zweck der Anfechtung erreicht. Diese Lösung hat zwar den Vorteil, dass das blosse Kreditrecht unter Ausschluss der dem Anfechtungsgegner verbleibenden persönlichen Forderung auf dem kürzesten Wege dem Anfechtungsgläubiger zugeführt wird, ohne erst auf dem Umwege über das Vermögen des Schuldners Gefahr zu laufen, dort von anderen Gläubigern abgefangen zu werden. Aber dennoch wird auch diese Lösung der Sachlage nicht gerecht. Gegenstand der durch die Anfechtung nur zu ermöglichenden, nicht zu bewirkenden Zwangsvollstreckung ist die bereits bestehende Grundkreditbelastung in dem Umfange, wie sie zur Zeit vorhanden ist. Den massgeblichen Inhalt empfängt das Realrecht, auch wenn es „als dem Eigentümer gehörig“ d. h. als Eigentümergrundschuld unterstellt wird, gemäss § 1177 Abs. 1 B.G.B. in

[1]) Gruchot, Bd. 53 S. 540.

Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes aus den Bestimmungen, welche für die der Bestellung zugrundegelegte Forderung, also für die Forderung des Anfechtungsgegners getroffen sind. Das so gestaltete Realrecht ist der Zwangsvollstreckung zugänglich zu machen. Dieses Grundkreditrecht hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen, insbesondere hinsichtlich Zinssatz und Zahlungszeit unter Austausch der Forderungen nach der des Anfechtungsklägers umzugestalten, bedeutet eine durch nichts gerechtfertigte Veränderung dieses Vermögensrechts, die überdies, sofern die Forderung des Anfechtungsgläubigers mit einem höheren Zinssatz als 5% verzinslich ist, selbst bei Zustimmung des Eigentümers die Rechte der nachfolgenden Gläubiger verletzen würde (Vgl. § 1119 B G B.).

Das Mittel, das zum Ziele führen soll, muss zunächst in dem Vermögen des Anfechtungsgegners also für andere nicht erreichbar, eine Sonderung zwischen Forderung und Realrecht herbeiführen, um dann das Realrecht in seinem bestehenden Umfange der Pfändung des Anfechtungsgläubigers zugänglich zu machen. Da mit Rücksicht auf § 1153 B.G.B. und auf § 830 Z.P.O. eine Pfändung des blossen Realrechts unter Ausschluss der Forderung nicht möglich ist, muss der Anfechtungsgegner gemäss § 1198 B.G.B. zunächst dazu mitwirken, dass die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt wird. Der gleiche Antrag wird auch darauf zu richten sein, die Zwangsvollstreckung in diese Grundschuld zu dulden. Es dürfte sich deshalb folgende Fassung empfehlen: „Den Beklagten zu verurteilen, in Höhe der Forderung des Klägers die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld zu bewilligen und die Zwangsvollstreckung in diese Grundschuld zu dulden". Ausserdem wird freilich auch von dem Schuldner die Bewilligung der Umwandlung zu fordern bezw. im Klagewege

zu erstreiten sein[1]). Auf Grund der beiden Bewilligungen ist alsdann die grundbuchmässige Umschreibung und die Pfändung herbeizuführen. Wird die Bestellung einer Briefhypothek angefochten, so bedarf es zugleich gemäss § 42 G.B.O. der Vorlegung des Briefes, die in diesem Falle von dem Anfechtungsbeklagten im Klageantrag zu verlangen ist. Nach der durchgeführten Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld und nach deren Pfändung ist das erreicht, was notwendig ist: der Anfechtungsgegner hat seine Forderung ohne das Realrecht inne, der Anfechtungsgläubiger hat das Realrecht in dem bestehenden Umfange seiner Befriedigung unterworfen. Freilich ist auch diese Lösung den besonderen Umständen entsprechend ein nicht einfacher Weg, aber wenigstens, anders als nach der herrschenden Ansicht, überhaupt ein Weg, um auch ohne Zwangsversteigerung dem Anfechtungskläger zu seinem Recht zu verhelfen.

§ 13.

Es sei zum Schluss noch einer Einwendung gedacht, welche dem persönlichen Gläubiger als Anfechtungskläger vielleicht entgegengesetzt wird: dass nämlich, sofern hinter der angefochtenen Post andere Rechte eingetragen sind, auch er nicht benachteiligt sei und dass er deshalb von der Anfechtung auszuschliessen sei, indem ohne die anfechtbare Hypothekenbestellung der Rang dieser anfechtbaren Post für Nachhypothekare bewilligt wäre, in keinem Falle ein entsprechender Wert noch im Vermögen des Schuldners vorhanden wäre. Es ist zuzugeben, dass es wahrscheinlich ist, dass auch ohne die anfechtbare Rechtshandlung das in der bestellten Post fortgegebene

---

[1]) Wendet man die Entsch. d. O.L.G. Dresden vom 3. 2. 1903 (Rechtspr 6 S 258) entsprechend an, so ist, da auch hier keine rechtsgeschäftliche Umwandlung, sondern ein Akt der Zwangsvollstreckung in Frage steht, eine Zustimmung des Schuldners nicht erforderlich.

Vermögensgut nicht mehr vorhanden wäre, dass vielleicht spätere Hypothekengläubiger darauf gehalten hätten, dass ihnen dieser Rang eingeräumt würde, dass der Schuldner, der sich jetzt im Vermögensverfall befindet (die Anfechtung setzt fruchtlose Zwangsvollstreckung voraus!), ebenso wie die anderen Vermögensgegenstände auch dieses Gut versilbert und verausgabt hätte oder dass sich andere Gläubiger dieses Verwertungsrechts im Wege der Vollstreckung bemächtigt hätten. Doch eine solche blosse Wahrscheinlichkeit ist hier ebenso wenig wie bei jeder andern Anfechtungsklage zu beachten, sie ist nicht hinreichend, das Vorhandensein der Benachteiligung zu widerlegen. Ist einmal festgestellt, dass jede Hypothek einen ihrem Rang entsprechenden besonderen wirtschaftlichen Wert enthält, so erscheint es durchaus nicht ausgeschlossen, vielmehr gerade sehr naheliegend, dass die nachfolgenden Hypothekare sich auch ohne die Bestellung der anfechtbaren Vorpost mit der erhaltenen Post unter entsprechendem Rangvorbehalt zugunsten des Eigentümers begnügt hätten. Der Eigentümer hätte auch die Möglichkeit gehabt, durch Eintragung einer Eigentümergrundschuld das der anfechtbaren Post entsprechende Wertrecht in gleicher Weise zu verselbständigen und so für den weiteren Aufbau der späteren Belastungen die gleiche Grundlage zu schaffen. Eine solche Annahme liegt sehr nahe, wenn man bedenkt, wie schwer es dem Eigentümer unter den modernen Wirtschaftsverhältnissen wird, sich den für das Grundstück notwendigen Kredit zu verschaffen. Eine Belastung, die er als zweite oder dritte Hypothek fortgeben kann, wird er auch bei noch nicht erfolgter Belastung des Grundstücks nur mit diesem Range eintragen lassen. Eine Zeit, in der lediglich die ersten Hypotheken leicht und zu angenehmen Bedingungen verwertbar sind, in der bereits der Absatz der zweiten Hypotheken zum wirtschaftlichen Problem geworden ist und auf einen Kredit gegen Belastung an 3. oder 4. Stelle nur unter ganz besonderen Umständen gerechnet werden kann, kennt nicht

mehr den gemeinrechtlichen Bequemlichkeitsstandpunkt, eine Post zur nächstoffenen Stelle einzutragen. Genaue Differenzierung der einzelnen Posten und der in ihnen verkörperten Vermögensrechte ist das Zeichen des modernen Hypothekenrechts.

Was hiernach von jener Einwendung übrig bleibt, dass der wirtschaftlich schwache Schuldner oder dessen Gläubiger auch ohne die Hypothekenbestellung das anfechtbar weggegebene Vermögensgut längst verwertet hätte, dies wird mit den gleichen Erwägungen zurückgewiesen, die für jede Anfechtungsklage gelten. Die blosse Wahrscheinlichkeit, dass das Vermögensgut inzwischen auf andere Weise aus dem Vermögen des Schuldners verschwunden wäre, reicht nicht aus. Mit dem, was hätte geschehen können, ist nicht zu rechnen. Eben deshalb erscheint auch die Entscheidung Jaegers in dem oben im (§ 4, II S. 25) erwähnten Falle bedenklich. Wenn der reiche A dem B 100 Mark schenkt, darauf sein ganzes Vermögen verspielt, so kann bei einer Anfechtung der Schenkung im allgemeinen nicht als sicher angenommen werden, dass A auch jene 100 M. verspielt hätte. Der erkennende Richter kann wohl zu der Ansicht gelangen, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Anfechtungsgläubiger auch ohne die Schenkung nichts zu seiner Befriedigung vorgefunden hätte; da es aber nicht ausgeschlossen ist, dass A zu spielen aufgehört oder das Spiel allgemein ein Ende genommen hätte, bevor er auch jene 100 M. mitverspielt hätte, oder auch, dass er gerade mit den 100 M. gewonnen hätte, kann von dem irrealen Fall, was ohne die Schenkung geschehen wäre, nichts Sicheres ausgesagt werden. Mangels einer solchen sicheren Feststellung ist die praktische Wirkung der anfechtbaren Verfügung des Schuldners im allgemeinen die, dass der anfechtbar weggegebene Vermögensgegenstand gerade durch diesen Rechtsakt zugunsten der zur Anfechtung berechtigten Gläubiger anderen — sonst möglichen und wahrscheinlichen — Verfügungen entzogen

und für die Befriedigung dieser Gläubiger bereitgestellt ist, gleichsam in einer Sparbüchse, zu der sie allein den Schlüssel haben. Das fortgegebene Vermögensgut ist, aus dem wirtschaftlichen Ruin des Schuldners gerettet, an dritter Stelle geborgen, bis der Anfechtungsgläubiger es für sich in Anspruch nimmt.

§ 14.

Das Ergebnis dieser Arbeit ist nunmehr in den Grundzügen dahin zusammenzufassen:

I. Eine dingliche Anfechtungsklage ist abzulehnen. Von der Anfechtung einer Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuldbestellung sind deshalb ausgeschlossen: Alle Grund- und Rentenschuldgläubiger schlechthin (ebenso die in Abt. II des Grundbuchs Berechtigten), die Hypothekengläubiger, sofern sie die Klage auf ihr Recht am Grundstück stützen. Nur die persönliche Forderung berechtigt zur Anfechtung.

II. Die auf Grund des Anfechtungsanspruchs zu leistende Rückgewähr erfolgt in gleicher Weise wie in den anderen Anfechtungsfällen:

a) Ausserhalb des Konkurses: Durch Duldung der Zwangsvollstreckung in das anfechtbar weggegebene Realrecht.

b) Im Konkurse: durch positive Rückleistung des Realrechts im Wege des Verzichts gemäss § 1168 B.G.B.

III. Eine Sicherung des Vorranges vor anderen Anfechtungsgläubigern ist im Regelfall hier ebensowenig wie in den sonstigen Anfechtungsfällen möglich. Insbesondere verschafft die Eintragung einer Zwangshypothek auf dem anfechtbar belasteten Grundstück kein Vorzugsrecht.

IV. Während des Konkursverfahrens ist nur der Konkursverwalter zur Anfechtung berechtigt. (Vgl. hierzu oben § 1, VII.)

Lebenslauf

Am 23. November 1884 wurde ich, David Krombach, in Posen als Sohn des Ziegeleibesitzers Simon Krombach und seiner Ehefrau Eugenie geb. Badt geboren. Ich bin jüdischer Konfession und preussischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Königliche Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Posen, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Ich studierte darauf sechs Semester Rechtswissenschaften, und zwar je 1 Semester in Heidelberg, Berlin, Freiburg i./Br. und 3 Semester in Breslau. Hier bestand ich am 30. Juni 1906 die erste juristische Staatsprüfung und am 6. Dezember 1906 das Rigorosum.

Ich wurde alsdann im Bezirk des Königlichen Oberlandesgerichts Posen als Referendar ausgebildet, genügte vom 1. Oktober 1908 bis zum 1. Oktober 1909 meiner Militärpflicht. Am 17. Mai 1912 bestand ich die grosse juristische Staatsprüfung und wurde am 22. Mai 1912 zum Gerichtsassessor ernannt.